

Barns medbestemmelsesrett etter barneloven

Kandidatnummer: 508

Leveringsfrist: 25.04.2007

Til sammen 17751 ord

18.04.2007

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>4</u>
1.1	Temaet for avhandlingen	4
1.2	Avgrensning av tema	6
<u>2</u>	<u>METODEDEL</u>	<u>7</u>
<u>3</u>	<u>HISTORIKK</u>	<u>9</u>
<u>4</u>	<u>BARNES RETT TIL Å BLI HØRT</u>	<u>12</u>
4.1	Generelt	12
4.2	Barnelovens regler	12
4.3	Bakgrunn for lovendring	13
4.3.1	Nytt syn på barn	15
<u>5</u>	<u>FORELDRENE OG BARNET</u>	<u>17</u>
5.1	Den generelle regel barneloven § 31, første ledd	17
5.2	Familien og foreldreansvaret	18
5.2.1	Foreldreansvar	18
5.2.2	Fast bosted	20
5.3	Forholdet mellom selvbestemmelsesrett, medbestemmelsesrett og foreldreansvar	20
5.3.1	Økt fokus på beskyttelse av barns integritet	21
5.4	EMK art. 8: Retten til familieliv	22
5.4.1	Forholdet mellom barnekonvensjonen og EMK	23

5.5	Barnerettens grunnprinsipp: Hensynet til barnets beste	23
5.6	Barnekonvensjonen	25
5.6.1	Barns innflytelse etter konvensjonen	26
6	<u>DOMSTOLENS BEHANDLING AV BARNEFORDELINGSSAKER</u>	28
6.1	Den ubetingede retten § 31, annet ledd	28
6.1.1	Begrunnelse for 7-års grense	28
6.1.2	Når skal barnet høres	29
6.1.3	Tolkningen	30
6.1.4	Hvordan videreformidles barnets mening?	30
6.1.5	Generelle saksbehandlingsregler	32
6.1.6	Lovens § 60	34
7	<u>RETTSPRAKSIS</u>	36
7.1	Innledning	36
7.2	Lagmannsrettspraksis 2005-2006. Utvalgte dommer	36
7.3	På hvilken måte blir barnets mening hørt?	37
7.4	I hvor stor grad blir barnet hørt?	37
7.4.1	Anses det som saksbehandlingsfeil om barnet ikke blir hørt?	41
7.4.2	Blir tredjepersoner som kjenner barnet hørt i retten?	41
7.4.3	Bruk av sakkyndige	42
7.4.4	Høyesterettspraksis	44
7.4.5	Oppnås lovgivers intensjon?	45
7.4.6	I hvor stor grad vektlegges barnas mening?	46
7.4.7	Er barna gitt en ubetinget uttalerett?	48
7.4.8	EMD	52
8	<u>NORDISK BARNERETT</u>	55
8.1	Danmark	55

8.2	Finland	57
8.3	Island	58
8.4	Sverige	58
8.5	Det nordiske samarbeid	60
9	<u>AVSLUTNING</u>	<u>61</u>
	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>63</u>

1 Innledning

1.1 Temaet for avhandlingen

Hovedtema for avhandlingen er barns rett til å bli hørt i norsk rett. Hovedfokuset avhandlingen igjennom er reglene i den norske lov om barn og foreldre (barnelova) fra 8. april nr. 7. fra 1981.

Barneloven § 31 omhandler barnets rett til å være med på avgjørelser som regulerer barns rett til å uttale seg, og hvordan barnets mening skal tillegges vekt.¹

Barneloven § 31 lyder:

”Etter kvart som barnet blir i stand til å danne seg egne synspunkt på det saka dreiar seg om, skal foreldra høyre kva barnet har å seie før dei tek avgjerd om personlege tilhøve for barnet. Dei skal leggje vekt på det barnet meiner alt etter kor gammalt og modent barnet er. Det same gjeld for andre som barnet bur hos eller som har med barnet å gjere.”

”Når barnet er fylt 7 år, skal det få seie si meining før det vert teke avgjerd om personlege tilhøve for barnet, mellom anna i sak om kven av foreldra det skal bu hos. Når barnet er fylt 12 år skal det leggjast stor vekt på kva barnet meiner.”

Første ledd fremstår som en generell regel, der det ikke er inntatt en aldersgrense. Men i vurderingen skal barnets alder og modenhet være vurderingsmomentene.

Annet ledd er en ubetinget rett for barnet. Den inneholder to aldersgrenser.

Barn har etter barneloven og en rekke andre lover rett til å bli hørt og være med på avgjørelser.

¹ Veileder Q-14/2004 s. 39

Temaet grenser mot mange spennende problemstillinger, herunder hvordan skal barnet høres, hvordan skal barnet ivaretas på best mulig måte slik at det ikke opplever en lojalitetskonflikt og hvordan skal det avdekkes at barnet blir utsatt for press og blir manipulert av en eller begge foreldrene. Her er det viktig å avdekke om barnets mening virkelig kommer frem eller om det er en av foreldrene som har fortalt dem hva de skal si. Dette er selvsagt meget krevende for retten, og det er også problematisk å vite hvordan dette skal løses på en måte som er til det beste for barnet. Problemstillingene grenser mot de psykologiske aspekter ved barns uttalerett. Det er et viktig hensyn i sakene at barnet blir behandlet på en måte som er minst mulig belastende, både i høringssituasjonen, og også senere i saken. Disse problemstillingene vil nevnes i avhandlingen, men det vil være umulig å gå dypt inn i dem, da dette hovedsaklig er en juridisk avhandling. Dersom det er mulig å komme med en konklusjon eller bemerkninger rundt disse problemstillingene, vil dette komme mot slutten av avhandlingen. I forbindelse med uttaleretten oppstår det tre sentrale spørsmål: Når skal barnet høres, hvordan skal barnet høres, og det hvilken vekt skal meningen eller uttalelsene få?

Høyesterettspraksis som er av betydning for hvordan reglene skal tolkes og forstås. Videre kommer det en analyse av lagmannsrettspraksis fra perioden 2005-2006. Fra denne perioden finnes det et meget stort omfang av dommer som på en eller flere måter berører temaet. Ettersom omfanget er så stort, utvelgelsen av dommene er skjedd tilfeldig. Det er likevel sett etter dommer som har en fyldig begrunnelse. De nye saksbehandlingsreglene i barneloven vil bli nevnt som en naturlig del av rettspraksisdelen, da reglene har betydning for hvordan sakene behandles. Reglene gir også uttrykk for generelle prinsipper i barneretten. Reglene om barns medbestemmelsesrett er en del av et større regelverk som tar sikte på, i større grad, å gi barnet rettigheter. Lovendringen bidro til at medbestemmelsesretten ble gitt økt fokus, og stadig flere er opptatt av temaet.

De historiske sider ved barneretten er også viet en del plass. Begrunnelsen for det er å belyse barns rettsstilling gjennom tidene, og på den måten er det mulig å belyse hvordan beskyttelse av barns integritet står som et stadig sterkere hensyn hos lovgiver. Det har vært en stor utvikling de siste hundre år på dette rettsområdet.

Det er også ansett som hensiktsmessig å gjøre en liten visitt til våre nordiske naboland, og belyse hvordan barneretten er regulert i retten der. Det vil være for omfattende å komme inn på rettspraksis her, men et lite innblikk i deres rettsystem kan belyse hvor godt de nordiske reglene harmonerer.

1.2 Avgrensning av tema

Temaet om barns medbestemmelsesrett tangerer mange områder, og må avgrenses. Blant annet har barnevernloven av 17. juni nr 99. fra 1992 og forvaltningsloven av 10. februar fra 1967, regler om at den som er part i en sak skal gis rett til å uttale seg. Vergemålsloven fra 22. april nr. 3 fra 1927 har regler som gjelder økonomiske forhold (se § 40) og adopsjonsloven fra 28. februar nr. 8 fra 1986 har også regler om medbestemmelsesrett, se lovens § 6. Det er også en rekke andre lover som på en eller flere måter berører temaet, men det vil altså falle utenfor rammen for avhandlingen. Det vil være en del av de samme vurderingstemaene som oppstår og mange av de samme hensynene som ligger bak reglene i disse lovene. Det redegjøres heller ikke for spørsmål omkring høring av barn i forbindelse med religion og tro.

2 Metodedel

Avhandlingens tema er først og fremst bl. § 31 og omfanget av bestemmelsen.

Avhandlingen er en rettsdogmatisk fremstilling, det vil si en normativ analyse av gjeldende rett.

I en rettsdogmatisk fremstilling er spesielt lovtekst og forarbeider viktige.

Høyesterettspraksis er en viktig rettskilde i barneretten som innenfor andre rettsområder, men omfanget av slik praksis er begrenset. Høyesterettspraksis har generelt tyngre rettskildemessig vekt enn praksis fra underrettene. Høyesterettspraksis har derfor, så langt den rekker, stor betydning normativt. Men for det første er det, som sagt, relativt lite av slik praksis i forhold til det store omfanget av underrettsavgjørelser. Dermed vil det være svært mange spørsmål eller typer av situasjoner som Høyesterett ikke har tatt stilling til og hvor det bare er analyse av underrettspraksis som kan fortelle oss hvordan loven rent faktisk blir praktisert. For det andre er disse sakene preget av konkrete skjønnsmessige avveininger hvor det er vanskelig å trekke klare generelle retningslinjer ut fra enkeltavgjørelser, også om de kommer fra Høyesterett.

Høyesterettspraksis forteller derfor ikke nødvendigvis så mye om hvordan rettspraksis i det store og hele *er*. Men den fungerer som en rettesnor innenfor sitt rettsområde, med betydelig rettskildemessig vekt. I en rettsdogmatisk fremstilling er derfor Høyesterett sin praksis sammenholdt med lovtekst og forarbeider meget viktige faktorer.

Ettersom Norge er folkerettslig forpliktet til å følge EMK og FNs barnekonvensjonen vil EMD praksis også være av betydning, spesielt for tolkningen av de norske reglene.

Relevant praksis fra EMD er det heller ikke rikelig med, men to dommer er omtalt i avhandlingen.

Utvalgt lagmannsrettspraksis en viet en del plass i avhandlingen. Dette materialet er av mindre rettskildemessig tyngde enn praksis fra Høyesterett, men større vekt enn praksis fra tingrettene. Begge typer har betydelig deskriptiv verdi. Undersøkelse av slik praksis

forteller hvordan reglene praktiseres, og slik sett hvordan rettstilstanden er. Utvalget av dommer gjør det mulig å trekke noen slutninger og se tendenser i barnefordelingssaker, men den vil ikke gi noe grunnlag for endelige slutninger for hvordan sakene praktiseres. Det deskriptive vil ikke alltid være sammenfallende med det normative i en rettsdogmatisk fremstilling.

En annen rettskilde som spiller en stor rolle innenfor barneretten og spesielt innenfor temaet om medbestemmelsesretten, er reelle hensyn (betraktninger). Disse er i stor grad stadig i utvikling, og kan endre seg raskere enn lovteksten. Barnerettslige prinsipper, gjeldende psykologisk innsikt og alminnelige politisk pregende holdninger i samfunnet har betydning, og de er også i stadig utvikling. Det vil ikke være slik at alle mennesker eller fagfolk har samme oppfatninger om temaet til enhver tid. Innenfor barneretten vil det likevel som regel være rom for ulike oppfatninger rundt sentrale avveiningsspørsmål.

3 Historikk ²

Helt fra 1763 har ugifte mødre fått hjelp til å motta innkrevde bidrag. Forutsetningene var regulert i Christian 5`s lov av 1687, nemlig at barnefaren hadde ”lyst barnet i kull og kjønn”. I 1798 kom skilte og forlatte mødre inn i ordningen. Barna var likevel ikke gitt noen selvstendige rettigheter.

Barnets rettsstilling ble først regulert i de Castbergske barnelover fra 1915. Bakgrunnen for lovene var at barneomsorgen i stadig økende grad ble ansett som offentlig anliggende. De sosiale problemene i samfunnet førte til flere fødsler utenfor ekteskap, og det ble behov for regler som kunne ivareta disse barnas behov. Det var på den tiden stor barnedødelighet.

Denne var dobbelt så stor hos barn født utenfor ekteskap som hos barn født innenfor ekteskap. Bakgrunnen for dette var for det første at disse barna ble født under dårlige kår og at det også fant sted barnemord i forbindelse med disse fødslene. I samfunnet var det en stadig økende interesse og bekymring for disse barnas kår. Dette var en naturlig del av en tendens til høyere moral i samfunnet. Det fant sted en debatt rundt hvilke rettigheter de ”uekte” barna skulle ha. Mange av lovenes tilhengere mente at det var på tide at barna skulle gis samme beskyttelse som de andre. Det ble hevdet at det var urimelig at disse barna skulle vokse opp under dårligere kår uten at barnets far skulle bistå. Tilhengerene ønsket en slutt på urimeligheten. Problemet ble avhjulpet ved ekteskapslovgivningen. Der ble særkullsbarn gitt adgang til særcie, mens ektefelle ble gitt en arverett. Løsningen ble imidlertid én lov for barn født i ekteskap og én lov for barn født utenfor ekteskap. Loven ble likevel sett på som radikal ettersom barnet var gitt rettigheter. Loven slo fast prinsippet om at foreldrene har ansvar og plikt til å forsørge barna sine.

² Skrevet på bakgrunn av: <http://rundskriv.nav.no/rtv/lpext.dll/hovednummer/h55/h55-r/h55-r02/h55-r00?f=templates&fn=document-frame.htm&2.0>

Ny lovgivning ble innført i 1956, men det var fortsatt to lover. Til tross for dette var formålet å likestille barna ved å gi de ”uckte” barna større rettigheter, ettersom de hadde særlige behov.

Tanken om at barn skal delta i beslutninger, og dessuten ha innflytelse på beslutningen, er relativ ny. Tanken har vokst frem i siste halvdel av 1900-tallet. Barnets sak ble tidligere oppfattet som foreldrenes sak, og det var helt utenkelig at barn selv kunne ha mulighet til å delta i en rettslig prosess.

I 1981 fikk vi en ny felles barnelov for barn født i og utenfor ekteskap. Loven gir regler om farskap, foreldreansvar, samværsrett og underholdningsplikt.

Barnelovutvalget hadde klare formål i sin betenkning. For det første ønsket de likestilling av barn ved at det ble én lov. Det var også ønskelig å likestille mor og far så mye som mulig. Utvalget foreslo å fjerne *pater est regelen*. De mente at fedre skulle erkjenne farskapet uansett om far var gift med kvinnen som fødte barnet eller ikke. Forslaget møtte stor motstand. Forslaget fikk ikke gjennomslag og *pater est regelen* er fortsatt én av tre mulige måter å erkjenne farskap på i barneloven. Et annet formål var å gjøre loven forståelig for folk flest, og loven ble da utformet på en måte som gav loven en pedagogisk virkning; den ville påvirke menneskers holdninger, virke veiledende og ville fremme omforente løsninger så langt som mulig.

Stigmatiseringen av barn født utenfor ekteskap var dermed fjernet. Fra 80-tallet og fremover ble det lagt stadig større vekt på samværsretten. Lovgiver ønsket å styrke samværet med den av foreldrene som barnet ikke bodde fast hos.

Ved senere reformer ble de formål som ble fremmet forut for loven fra 1981 stadig forsterket. Det ble lagt økt vekt fra lovgivers side på foreldrenes ansvar og omsorg, og på denne måten ble foreldrenes makt og myndighetsrolle nedtonet. Samarbeid og enighet ble

gitt økt fokus. Det siste bidraget i denne retningen er de nye saksbehandlingsreglene i barnelovens kapittel 7.³

I desember 2002 ble det fremsatt et lovforslag om endringer i barneloven.⁴ De mest vesentlige endringene i loven er blant annet hvordan et barn skal høres under foreldres rettssak, noe jeg kommer tilbake til nedenfor. Det er også blitt gjort omfattende endringer i fremgangsmåten ved forberedelsene til rettssaker med inndragelse av sakkyndige og muligheter for midlertidige prøveordninger. Det ble også gjort endringer i lovens systematikk og paragrafnummerering.⁵

³ Haugli, Trude; 2004, s. 3

⁴ Ot.prp.nr 29 (2002-2003)

⁵ Nordisk børnerett 2 s. 49-50

4 Barns rett til å bli hørt

4.1 Generelt

Temaet om uttaleretten er delt i to, for det første gjelder uttaleretten en privat del, om høring av barn i familien, og for det andre en halvoffentlig del, da saken kommer for retten eller et annet konfliktløsningsorgan.

Hva som er å anse som barnets beste, i forhold til det å bli hørt, har vært i stadig endring. Dette vil trolig utvikle seg videre som en naturlig del av at utviklingen av menneskerettighetene, og at dette i stadig større grad vil stå i fokus.⁶ Når det er sagt, er det selvsagt også begrensninger i hvor stor grad reglene om barnets rett til å bli hørt kan utvikles videre.

Det bør i all hovedsak være slik at det er voksne som verner om barnet og ivaretar deres interesser, og ikke barnet selv. Det kan likevel være rimelig å ha en forventning om at barn i stadig økende grad gjennom regelverket vil bli tillagt et styrket vern i lovgivningen, og at lovverket vil endre seg videre i takt med samfunnsutviklingen, slik at barn blir vernet på en måte som er i tråd med denne.

4.2 Barnelovens regler

Barnelovens regler regulerer det rettslige forholdet mellom barn og foreldre. Loven regulerer også tvister mellom foreldrene om deres barn.

Det rettslige innholdet av begrepet foreldreansvar er regulert i bl. § 30, mer om denne nedenfor.

Lov om endringer i barneloven, og en rekke andre lover av 20. juni 2003 nr. 40 trådte i kraft 1. april 2004.

⁶ Dahlstrand, s. 30

Endringen førte til at syvåringer er gitt rett til å uttale seg før det blir tatt avgjørelser om personlige forhold for barnet, herunder hvor barnet skal bo og om samværsretten.

Syvåringer er gitt en uttalerett men det er først når barnet er fylt 12 år at det skal legges stor vekt på hva barnet mener.⁷

Barnelovens § 31 bestemmer at barnet skal gis en mulighet til å få si sin mening når det skal treffes avgjørelser som gjelder barnet personlig.

Det vil naturligvis være vanskelig å sette faste regler for denne retten, da det må vurderes helt konkret i hver enkelt sak. Barn er ulike og det er ikke gitt at samme alder innebærer samme modenhet. Loven opererer nå med to aldersgrenser. Betydningen av tolvårsgrensen er slik at barnet etter denne alderen alltid skal få si sin mening. Tolvårsgrensen innebærer likevel ingen vesentlig endring i barnets situasjon. Foreldrene skal fra barnet er lite gi det gradvis mulighet til å komme mer til orde. Barnet er etter bestemmelsen gitt en uttalerett og ikke en uttaleplikt. Det anses viktig at barnet i saker om barnefordeling og samværsrett ikke føler seg tvunget til å uttale seg, slik at det får en følelse av at barnet er pålagt et ansvar for å velge mellom foreldrene.⁸

Systematikken er videre lagt i to hoveddeler, på grunnlag av lovbestemmelsens to ulike adressater. Barneloven § 31 er en generell regel, og henvender seg for det første til foreldrene og for det andre til offentlig myndighet, jfr. første og annet ledd.

4.3 Bakgrunn for lovendring

Bakgrunnen og formålet var at lovgiver ønsket å sikre seg at barn over 12 år skulle høres, men også at de yngre barna skulle bli hørt. Det var i første rekke barneombudet som reagerte på mange henvendelser fra barn som var yngre enn 12 år som følte seg overkjørt i saker som berørte dem.

⁷ Haugli, Trude; 2004, s. 3

⁸ Holgersen og Tellefsen, 2003, s. 48

Det ble i barnelovens opprinnelige forarbeider foreslått en 7-års grense opprinnelig for barnets rett til å bli hørt i personlige forhold.⁹ Lovutvalget gav i denne forbindelse uttrykk for at den dagjeldende 12-års grense var for høy når det var tale om personlige forhold, og foreslo i den sammenheng at den ble satt til normal skolealder på 7 år. Flertallet i justiskomiteen var enige i dette, og mente at barn tidlig burde få en medbestemmelsesrett, men endret den likevel ikke.¹⁰ De mente at regelen var utformet generelt nok og at den ville få en holdningsskapende virkning i positiv retning, når den ikke var knyttet til en bestemt aldersgrense. Komiteen uttalte også i denne sammenheng at det *normale utgangspunkt* vil være at barn i skolepliktig alder blir hørt. Barnekonvensjonen ble vedtatt av FNs generalforsamling 20. november 1989 og den ble ratifisert av Norge.

Bakgrunn for lovendring var inkorporeringen av barnekonvensjonen. 8. januar 1991. Den trådte i kraft for Norge 7. februar 1991. På denne bakgrunn er Norge folkerettslig forpliktet til å oppfylle alle konvensjonens bestemmelser. Artikkel 12 i konvensjonen gjelder barnets rett til å bli hørt i alle saker som angår barnet selv.

Departementet mente det var naturlig med en bestemmelse i barneloven om medbestemmelsesrett, slik at denne ble endret til å være mer i tråd med barnekonvensjonens ordlyd. Dette var ikke ment å innebære noen realitetsendring.¹¹

For foreldre og barn innebærer de nye reglene merkbare endringer i hvordan de enkelte sakene skal behandles. Det er også gjort endringer som påvirker dommerens, advokaters og sakkyndiges oppgaver, roller eller arbeidsmåte i saksbehandlingsprosessen når det gjelder saker om foreldreansvar, fast bosted og samvær.

Saker om barnefordeling har det spesielle preg at de ofte ikke reiser kompliserte juridiske spørsmål, men at det heller er de menneskelige aspekter som reiser problemer og dette kan by på vanskelige vurderinger. Da det er bestemt fra lovgivers side at saker om foreldreansvar, fast bosted og samvær skal føres for domstolene og få sin avgjørelse der, dette stiller krav til saksbehandlingsreglene og kompetansen til domstolsapparatet.

⁹ NOU 1977:35 s. 48, 2. spalte og Ot.prp.nr. 62 (1979-1980)

¹⁰ Innst.O.nr.30 (1980-1981) s. 8 flg.

¹¹ Ot.prp.nr. 29 (2002-2003) pkt. 10.

4.3.1 Nytt syn på barn

I motsetning til en gammeldags holdning har regelsystemet begynt å si at ”det barnet ikke vet, det har barnet vondt av”. Det blir heller ikke foreslått at de voksne skal vente til barna spør, når det skjer alvorlige og viktige hendelser i de voksnes liv. Endringene kan tyde på at vi har fått et nytt syn på barn og at barna skal få informasjon og tas med i beslutningsprosessen. Temaet om skilsmisser og barnefordeling er ikke bare problematisk for foreldre og barn, men også for forskere og andre som studerer problemstillingene. Her er oppfatningene ulike, og det er stor uenighet om hvor utsatt barna egentlig er i disse sammenhenger. Det er imidlertid enighet om at de barna som klarer seg best igjennom disse krisene er de som har foreldre som samarbeider godt. På denne måten klarer barna å finne sammenheng og mening med livet etter en skilsmisse.

I de tilfeller en barnefordelingssak kommer så langt som til retten er dette nettopp fordi megling og konfliktløsning er forsøkt, men foreldrene ikke er blitt enige.

Når barna skal høres for retten, er det viktig at de høres av sakkyndige som har erfaring på området og som kjenner til det de skal gjøre. En barnefordelingssak med et høyt konfliktnivå er meget vanskelig å håndtere. Det er viktig at barna ikke blir deltakere i foreldrenes ”krig” mot hverandre, men at det likevel skal være mulighet for å høre dem.¹²

Barneombudet mener at det klart beste for barn er at de blir hørt og får tilstrekkelig informasjon i saker som angår dem.¹³ Det er viktig at barna får informasjon på alle stadier i saken og selv om saken ikke kommer inn for retten har barna rett til å bli hørt av foreldrene eller andre som har med barnet å gjøre. Barna bør skjermes mot konflikten mellom de voksne. Poenget er at de bør få informasjon og gis en mulighet til å si sin mening i saker som angår dem, også i saker om hvor barnet skal bo. Informasjon er derfor meget viktig. Manglende informasjon kan bidra til å skape en følelse av usikkerhet hos barnet. Rettigheten krever derimot sitt. Det kreves gode personer til å tale med barna, og disse personene må ha en forståelse av saken. Barneombudet får ofte henvendelser fra barn

¹² Q-1106B, 2006- Samtaler med små barn

¹³ Samtale med Frøydis Heyerdahl hos barneombudet, tirsdag 20. mars.07

som føler de blir overkjørt i barnefordelingssaker. Barnas mening skal ikke nødvendigvis tillegges avgjørende vekt. Men de må få en følelse av å bli tatt på alvor. Det er imidlertid viktig at det er de voksne som skal ta den endelige beslutningen i disse sakene, og som dermed også skal bære ansvaret for beslutningen. Dette må også videreformidles til barnet.

5 Foreldrene og barnet

5.1 Den generelle regel barneloven § 31, første ledd

En naturlig forståelse av lovteksten, tilsier at det er foreldrene til barnet som er adressaten. Det vil ha den betydning at foreldrene pålegges en plikt til å høre barnet når det skal treffes en avgjørelse som berører barnet. I denne sammenheng oppstiller bestemmelsen to kriterier for barnet til å være med i avgjørelsen. For det første er det et krav at saken dreier seg om barnets personlige forhold, og for det andre må barnet være i stand til å danne seg sine egne synspunkter i den saken det dreier seg om. Ordlyden setter dermed skjønnsmessige rammer for retten til å bli tatt med i avgjørelsen.

Leddets danner rammen for den vurderingen som skal foretas etter annet ledd.

Barnet har ingen plikt til å uttale seg, og det ville også virket noe unaturlig om barnet for eksempel skulle hatt en plikt til å si sin mening om hva familien skulle ha til middag eller hvilke klær barnet skulle ha på seg. Første og annet punktum er i samsvar med FNs barnekonvensjon ¹⁴ art. 12 nr. 1, men når reglene ble endret, var det likevel ikke mening at dette innebar noen realitetsendring. ¹⁵ Mer om konvensjonene se 5.6.

Bestemmelsens første ledd, tredje punktum, henvender seg til andre som har med barnet å gjøre. Med andre menes eksempelvis skole, barnevern, fosterhjem og barnehjem.

Ved reformen av barneloven i 2003 var det ikke § 31, første ledd, som var den store endringen, det var annet ledd som inneholdt den største endringen. Mer om annet ledd nedenfor.

¹⁴ Fra 20. november 1989

¹⁵ Lovkommentaren, § 31

Bestemmelsen må ses i sammenheng med bl. § 30, om foreldrenes rett til å treffe avgjørelser om personlige forhold på vegne av barnet. Med personlige forhold etter barneloven menes alt utenom økonomiske forhold, som reguleres i vergemålsloven.

5.2 Familien og foreldreansvaret

Lovverket sonderer mellom begrepene fast bosted og foreldreansvar, og jeg vil kort forklare disse begrepene.

5.2.1 Foreldreansvar

Hvem som er foreldrene til et barn og hva en forelder egentlig er, er helt grunnleggende rettslige spørsmål. Svaret på dette er avgjørende for hva loven betegner som en familie. Dersom loven skal gi familiene, foreldrene og barna beskyttelse gjennom rettsregler, må den gi regler om hvem som inngår i en familie, dersom det er mulig å tillegge familien regler som en slags beskyttet ”rettslig institusjon”.

Norge valgte i 1981 å endre begrepet foreldremakt til foreldreansvar. Bakgrunnen for dette var å understreke de plikter som foreldrene har overfor deres barn. Et annet formål bak endringen av betegnelsen var å unngå ord som myndighet eller makt, som ville bidra til å endre visse verdiforestillinger som tilhørte fortiden.¹⁶

Foreldreansvaret inneholder to hovedelementer, omsorgplikt og bestemmelsesplikt, og rett. Bl. § 30 sier at barnet har krav på ”omsut og omtanke” fra den som har foreldreansvaret. Bestemmelsens annet ledd utdyper dette nærmere og sier at foreldreansvaret skal ”gi barnet forsvarleg oppseding og forsyting”. At barnets rett til omsorg er plassert i forgrunnen er et bevisst valg fra lovgiver. Dette blir ansett som foreldrenes grunnleggende forpliktelse. Det sentrale innhold i foreldrenes plikt til å gi barna omsorg er at de er ansvarlige for at barna blir tilfredsstilt, både på det materielle og åndelige plan. Dette innebærer at barna skal gis kjærlighet, trygghet, varme og den nødvendige pleie mens de er små. Begrepet ”forsyting”

¹⁶ Nordisk børnerett 2, s. 74-75

refererer til det rent praktiske et barn trenger; mat, klær, bosted og lignende. Begrepet ”oppseding” er et rent oppdragelsesbegrep. Foreldrene gis en plikt til å gi sine barn en forsvarlig oppdragelse. Det er problematisk gjennom rettsregler å gi uttømmende regler om foreldres omsorgsplikt ovenfor sine barn. Viktige og til tider sentrale sider ved foreldreansvaret kan ikke pålegges foreldrene ved bruk av rettsregler. Det vil også være vanskelig å kontrollere og sanksjonere dersom foreldrene ikke tilfredsstillende oppfyller sin omsorgsplikt.¹⁷ De plikter som loven oppstiller for foreldrene etter bestemmelsen er av en noe ubestemt art. Barneloven oppstiller ingen sanksjoner dersom foreldrene ikke overholder sine plikter. Det kan være aktuelt å iverksette tiltak etter barnevernloven, men selv om ikke foreldrene overholder sine plikter etter barneloven, må det likevel vurderes særskilt om vilkårene for inngripen etter barnevernloven er oppfylt. Vilåårene reguleres i bvl. § 4-12. Lovene korresponderer altså ikke helt med hverandre. Barnevernet skal etter loven gripe inn i de situasjoner der det er alvorlige mangler i hjemmet. Nærmere redegjårelse for reglene vil ikke bli foretatt.

Bl. § 30 sier at foreldrene har rett og plikt til å gripe inn og bestemme for barnet i personlige forhold. Plikten og retten må avgrenses mot bestemmelsene om barnets rett til å bestemme selv, etter reglene i barneloven om barns medbestemmelsesrett i

§ 31 og §§ 32 og 33, som regulerer barns selvbestemmelsesrett.

Underholdsplikten kan til en viss grad kreves gjennomført ved hjelp av rettsregler, slikt som barnets behov for klær, mat og ordnede boligforhold, men det vil i all hovedsak være etter et samlivsbrudd det eksisterer en egentlig prosedyre og et apparat for å håndheve underholdsplikten. Ellers er det bare barnevernloven som gir hjemmel for inngrep, se bl. § 67.

¹⁷ Lødrup/Smith, 2006, s. 102-103

5.2.2 Fast bosted

Begrepet er i loven beskrevet med ordene ”Kvar barnet skal bu fast”, bl. § 36. Tidligere ble begrepet ”daglig omsorg” benyttet, men som et alminnelig begrep er det aldri benyttet i den norske barneloven. Lovgiver ønsket at dette begrepet ikke skulle brukes med den begrunnelse at ”omsorg” går for mye på innholdet av foreldreansvaret, og det passer mindre bra som juridisk begrep. Det oppstår naturligvis ingen problemer når foreldrene bor sammen, det er spørsmål om hvor barnet skal bo når de ikke bor sammen.

Det vanlige er at barnet bor sammen med den ene av foreldrene, og har samvær med den andre.

Domstolene har fortsatt ikke adgang til å fastsette at barna skal ha delt bosted jfr. bl. § 36, annet ledd. Bestemmelsen ble innført i 1997, men denne regelen skal nå vurderes av nytt barnelovutvalg. Utvalget skal legge frem sitt arbeid for Barne- og likestillingsdepartementet i en NOU innen 1. mai 2008.

Dersom foreldrene ikke bor sammen, men har felles foreldreansvar, innebærer dette at foreldrene må bli enige om hvor barnet skal bo fast. Dersom de ikke kommer til enighet om dette, kan de få rettslig avgjørelse på det, jfr. bl. § 36

5.3 Forholdet mellom selvbestemmelsesrett, medbestemmelsesrett og foreldreansvar

Begrepet loven bruker gir anvisning på at det er foreldrene som har bestemmelsesrett overfor barnet, og må av den grunn ses i sammenheng med § 31. Foreldrenes plikt til å utøve omsorg overfor barnet vil vanligvis skje ved at de bor sammen med barnet. Regelen om innholdet i foreldreansvaret er gitt i barneloven § 30. Foreldrene har bestemmelsesrett for barnet inntil det er 18 år, som er myndighetsalderen i Norge. Denne regelen må ses i sammenheng med reglene om barns selvbestemmelsesrett i bl. §§32 og 33. Med en såpass høy myndighetsalder vil det naturlige være at barn gis større mulighet med alderen til å treffe selvstendige avgjørelser når det gjelder personlige spørsmål. Mulighetene må være avhengig av avgjørelsens karakter og barnets modenhet. På denne måten vil barnet få formelle rettigheter, plikter og handlemuligheter.

Reglene om de unges selvstendighet vil kun gjelde på det personlige område. De vil fortsatt være umyndige og kan for eksempel ikke forplikte seg økonomisk.¹⁸

I et nordisk perspektiv er de norske reglene om selvbestemmelsesrett unike i sin utforming, bl. §§ 32 og 33. Denne selvbestemmelsesretten må selvsagt modifiseres noe ved at foreldrene er de som setter grensene for omfanget av aktiviteten, for eksempel ved deltagelse i ulike foreninger og lignende.

Bl. § 33 gir barnet større anledning til å treffe avgjørelser i mer dagligdagse spørsmål, dette har til formål å gi en oppdragelse som gjør barna mer selvstendige og ansvarsbevisste individer. Det vil være de samme hensynene som gjør seg gjeldende her som når det gjelder barns medbestemmelsesrett og medinnflytelse etter § 31 og barnekonvensjonen art. 12.¹⁹

Foreldrenes faktiske mulighet til å treffe avgjørelser mot barnets ønske avtar ettersom barnet blir eldre.

5.3.1 Økt fokus på beskyttelse av barns integritet

Barneloven § 30, tredje ledd, gir barnet krav på beskyttelse av sin fysiske og psykiske integritet. Bestemmelsen sier at det ikke er adgang til å bruke vold i barneoppdragelsen, dette omfatter også vold av psykisk art. Denne regelen kom først i loven i 1987, men det krevde lang tids lovarbeid før det ble gitt et absolutt forbud mot å slå barn.

Før 1972 hadde foreldre en refselsesrett, men etter at denne ble fjernet var det ikke lenger lov med bruk av fysiske midler i barneoppdragelsen. Selv om refselsesretten ble fjernet, hadde den likevel ikke den ønskelige virkningen som hadde vært lovgivers intensjon, derfor ble det utarbeidet den eksplisitte regel i barneloven § 30. Norge var i et historisk perspektiv tidlig ute med å fjerne refselsesretten og Sverige var enda tidligere ute enn oss. I denne sammenheng må likevel minnes om at refselsesretten fortsatt er et faktum i mange land.

¹⁸ Nordisk Børnerett 2, s. 261, 262

¹⁹ Nordisk Børnerett 2, s. 263

Barns psykiske helse er også beskyttet av bestemmelsen. Dette innebærer et forbud mot trakassering av barn som svekker deres selvfølelse. Det kan være hensiktsmessig å trekke en grense der trakassering på lengre sikt kan påføre barnet skader. Bestemmelsen gjelder også i de situasjoner der det er fare for skade. I forarbeidene er ikke fare for seksuelle overgrep nevnt, men det er klart at dette også omfattes av bestemmelsen.

Bestemmelsen har ingen sanksjoner knyttet til overtredelsen av forbudet, det avgjørende for straffbarhet vil være forholdet til straffeloven, lov av 22. mai nr. 10 fra 1902. De bestemmelser som kan være aktuelle i denne sammenheng er eksempelvis § 228 om legemsfornærmelse, som grenser mot straffbar avstraffelse, og § 219 om blant annet forsømmelse og mishandling av barn som man har omsorg for.²⁰

5.4 EMK art. 8: Retten til familieliv

Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK) av 4. november 1950 er en konvensjon som Norge har tiltrådt. Den vil ha betydning for barns rettsstilling, og forholdet mellom foreldre og barn.²¹ EMK gjelder ikke direkte barn, men den gjelder selvsagt også for dem. Da er det spesielt art. 8 som er aktuell, fordi den gjelder retten til familieliv:

”Enhver har rett til respekt for sitt privatliv og sitt familieliv, sitt hjem og sin korrespondanse”.

Bestemmelsen kan ha en viss betydning i barnefordelingssaker. Artikkelen kan anvendes i saker der det er spørsmål om å avskjære eller sterkt begrense samværsretten for den ene forelder. Fordi barnet etter barneloven § 42 har rett på samvær med begge foreldrene, kan ikke domstolen uten hjemmel ta fra barnet denne retten. Artikkelen vil likevel ha størst betydning i barnevernssaker der det er tale om å frata foreldrene barnet. Her, som ellers når det er tale om slike inngrep, gjelder legalitetsprinsippet som krever hjemmel i lov, samt at de andre vurderingstemaene som art. 8 lister opp må vurderes.

²⁰ Lødrup/Smith; 2006, s. 104- 106

²¹ Lødrup/Smith, 2006, s. 31

5.4.1 Forholdet mellom barnekonvensjonen og EMK

På det nasjonale nivået er de to konvensjonene likestilte gjennom menneskerettsloven § 2.

²² De er også gitt forrang dersom motstrid. ²³

I denne sammenheng er to dommer av interesse; Sahin-dommen og Sommerfeld-dommen. Dommene omtales nærmere i 7.4.8. Dommene trekker frem FNs barnekonvensjon, da spesielt artikkel 3, som bestemmer at hensynet til barnets beste skal være et grunnleggende hensyn i alle handlinger som vedgår barn. Likevel nevnes den kun i en bisetning og synes å spille en mindre rolle. Det er ikke mulig å si noe om hvilken rolle barnekonvensjonen vil ha i forhold til EMD. Domstolen behandler i utgangspunktet kun klager på brudd av EMK. Barnekonvensjonen kan likevel få betydning for tolkningen av EMK, men barnekonvensjonen er ikke rettsgrunnlag for klage til EMD.

5.5 Barnerettens grunnprinsipp: Hensynet til barnets beste

Prinsippet introduseres i konvensjonens artikkel 3 (1).

Hensyn til barnets beste har lenge vært et grunnprinsipp i barneretten. Utgangspunktet er nå FNs konvensjon om barns rettigheter.

Prinsippet springer ut av to grunnleggende tanker, for det første at barn har fullt menneskeverd, og for det andre at de er sårbare og behøver særlig støtte og beskyttelse. Konvensjonen krever ikke at hensynet alltid skal være utslagsgivende, men det skal spille en rolle og være et tungtveiende hensyn når det skal treffes beslutninger. Barnet skal settes i fokus. Dersom andre interesser som anses som mer betydningsfulle fremmes, er det myndighetene som har ”bevisbyrden” for at det er foretatt en avveining av de relevante hensyn. Denne avveiningen skal det redegjøres for i avgjørelsen. Beslutninger som angår barn skal tas ut ifra et barneperspektiv. Da det norske lovforslag ble utarbeidet ble det anført at det var vanskelig å definere barnets beste i loven og gi generelle regler om hva det innebærer. Løsningen ble derfor at barnets beste beror på en konkret og individuell

²² 21. mai 1999 nr. 30

²³ Søvig, Karl Harald, FAB–2005-198

avveining i den enkelte sak. Retningslinjene for hensynene som skal avveies, og som skal ha betydning utvikles gjennom rettspraksis.²⁴

Barnets beste kan komme inn som et tolkningsmoment. Det skal da velges den tolkning som er det beste for barnet. Etter barneloven er det avgjørende kriterium at gjennomføringen er til barnets beste. I alle saker som angår barn skal det da stilles spørsmål om hvordan saken skal avgjøres på en måte som er best for barnet.

Ettersom prinsippet er av internasjonal karakter, vil også innholdet være ulikt avhengig av hvilken tid og kultur det er tale om.²⁵ Ettersom begrepet vil være av en slik dynamisk karakter vil det ikke være mulig å gi en regel med et helt presist innhold, og bedømmelsen skal bero på omstendigheter i den enkelte tilfelle. Dersom regelen skulle fått et konkret innhold, ville den ønskelige fleksibilitet gått tapt.²⁶ Generelt sett er det vanskelig å få tak i selve substansen i begrepet. Dersom dette skal belyses på best mulig måte er det nødvendig å belyse det ved å gå inn i en konkret sak og situasjon. Barnekonvensjonen art 3 (1), ut ifra en alminnelig språklig forståelse, legger nærmest opp til at barnets beste skal gis en universell anvendelse:

”Ved alle handlinger som vedrører barn og som skal foretas av offentlige eller private velferdsorganisasjoner, domstoler, administrative myndigheter eller lovgivende organer, skal det først og fremst tas hensyn til hva som gavner barnets beste.”

Slik er den norske teksten formulert. I den engelske originalversjonen heter det at barnets beste skal være ”a primary consideration” ikke som det kan forstås ut ifra den norske teksten ”the primary consideration”. Konvensjonen kan da forstås på den måte at det skal skje en avveining mellom barnets interesser og andre relevante interesser. Dette er det ikke

²⁴ Nordisk børnerett 2, s. 69-70

²⁵ Haugli, Trude, 2002

²⁶ Nordisk børnerett 2 s. 71.

like lett å lese ut ifra den norske versjonen. FNs barnekonvensjon er inntatt som norsk lov gjennom menneskerettsloven § 3.²⁷

Fokuset her er barns rett til å bli hørt og om i hvilken utstrekning de faktisk blir hørt. I barnefordelingssaker vil det nødvendigvis ikke alltid være slik at det utelukkende er til barnets beste om deres ønsker blir tatt til følge.

Det materielle begrepet ”barns beste” har ikke fått noen annen betydning ved lovendringen. Dette innebærer at det innhold som tidligere er kommet frem gjennom rettspraksis og juridisk teori fortsatt gjelder.²⁸

5.6 Barnekonvensjonen

Barnekonvensjonen ble ved lovendringen inkorporert til å gjelde direkte i norsk rett gjennom menneskerettsloven § 2. Bestemmelsene er lex superior i forhold til norske regler. Etter lovens § 3 skal de lover som er nevnt i § 2 ”*ved motstrid gå foran bestemmelser i annen lovgivning*”. Regelen innebærer at dersom det er motstrid mellom nasjonale regler i barnelovgivningen eller annen lovgivning som regulerer barns rettigheter, kan de settes til side i den utstrekning de strider mot konvensjonene.²⁹

Artikkel 12 i barnekonvensjonen gjelder barnets rett til å bli hørt i alle forhold som angår barnet selv. Den lyder som følger i norsk oversettelse:

”1. Partene skal garantere et barn som er i stand til å danne seg egne synspunkter, retten til fritt å gi uttrykk for disse synspunkter i alle forhold som vedrører barnet, og gi barnets synspunkter behørig vekt i samsvar med dets alder og modenhet.

²⁷ Haugli, Trude, 2002.

²⁸ Dalseide, Nils, 2004

²⁹ Smith, Lødrup, 2006, s. 31

2. For disse formål skal barnet særlig gis anledning til å bli hørt i enhver rettslig og administrativ saksbehandling som angår barnet, enten direkte eller ved en representant eller et egnet myndighetsorgan og på en måte som samsvarer med vedkommende lands saksbehandlingsregler.”

I artikkelen er det bestemt at barn skal ha rett til å gi uttrykk for sine synspunkter i saker som berører det, og at deres synspunkter skal tillegges tilbørlig vekt i samsvar med deres alder og modenhet. Artikkelens nr. 2 sier at denne retten også gjelder i rettssaker og forvaltningssaker.³⁰

Artikkel 12 i barnekonvensjonen er en nyskaping i internasjonal rett, og den blir ofte tatt frem som et eksempel på det mest oppsiktsvekkende ved konvensjonen, sammen med art. 3 om barns beste. Mange ser på regelen som kontroversiell. Norge var tidlig ute med å ratifisere konvensjonen, men det tok noe tid før den ble inkorporert i sin helhet. Det kan likevel sies at Norge var tidlig ute med å styrke barns rett til å bli hørt.

Annet ledd utvider denne retten. Der heter det at barnet skal bli hørt i enhver rettslig og administrativ saksbehandling som angår barnet. Dette skjer enten direkte, ved hjelp av en representant eller ved et egnet myndighetsorgan, på en måte som samsvarer med vedkommende lands saksbehandlingsregler. Artikkelen følges opp av artikkel 13 om ytringsfrihet og artikkel 14 om tankefrihet, samvittighetsfrihet og religionsfrihet.³¹

5.6.1 Barns innflytelse etter konvensjonen

Barnets rolle etter konvensjonen skal i det minste være å gi informasjon om sin livssituasjon og å ha en viss innflytelse på den endelige avgjørelsen. Jo eldre barnet er, jo større grad av innflytelse bør det ha på beslutningsprosessen, men det overordnede prinsipp om barnets beste skal alltid gi barnet en viss beskyttelse.³² Som nevnt ovenfor gjelder ikke bl. § 31 bare i forholdet til foreldrene, men også i forhold til andre som har med barnet å

³⁰ Ot.prp.nr 29. (2002-2003)

³¹ Smith/ Lødrup, 2006, s. 34

³² Dahlstrand s. 108

gjøre. I denne forbindelse rekker barnekonvensjonen art. 12 lengre. Retten etter artikkelen antas å rekke lengre enn bare det personlige forhold for hvert enkelt barn, altså også saker og avgjørelser som berører barna generelt. Eksempler på slike saker kan være byplanlegging og skole spørsmål. Denne retten til å bli hørt henger sammen med retten til å motta informasjon. I barnekonvensjonen er retten til informasjon presisert i artikkelen om ytringsfrihet, art. 13.³³

Barnekonvensjonens artikkel 12 har en større rekkevidde enn bl. § 31.

Når det gjelder spørsmålet om når barn bør høres av offentlig myndighet i andre sammenhenger enn retten, reguleres dette i særlovgivningen som gjelder det enkelte saksfeltet. På denne måten kan aldersgrensen lettere tilpasses sakens art. Høringen avhenger av hvilken alder og modenhet barnet har nådd slik at de kan danne seg egne synspunkter på det enkelte felt. Det er likevel åpnet for at aldersgrensen i barneloven kan virke veiledende i saker som angår barn direkte og personlig, der det er mangel på særregler på det enkelte felt.³⁴

³³ Smith/ Lødrup s. 118

³⁴ Ot.prp.nr 29. (2002-2003) pkt. 10

6 Domstolens behandling av barnefordelingssaker

6.1 Den ubetingede retten § 31, annet ledd

Heretter behandles bestemmelsens annet ledd, og dens betydning for retten og i barnefordelingssaker.

Bakgrunnen for endringen var som tidligere nevnt i 4.3 at lovgiver ønsket å sikre at barn yngre enn tolv år skulle bli hørt. Det som er spesielt med bestemmelsen er 7-års grensen. Selv om lovgiver valgte å sette en aldersgrense er det ikke meningen at barn under syv år ikke skal bli hørt. Barn under syv år har også en rett til å bli hørt dersom de er i stand til å fremme egne synspunkter om saken. Senkingen av aldersgrensen vil blant annet få betydning i saker for domstolene der det er tvist om foreldreansvaret, hvor barnet skal bo fast eller om samvær. Bestemmelsen er også aktuell i saker der det er spørsmål om samvær skal gjennomføres ved bruk av tvangsbot.³⁵

Aldergrensen skal ikke være i strid med barnekonvensjonen, men det har vært en del uenighet om den.

6.1.1 Begrunnelse for 7-års grense ³⁶

En ubetinget rett for barnet til å uttale seg fra 7-års alder i medhold av barneloven, var ment å være et effektivt virkemiddel for å sikre at barn fra denne alderen blir hørt.

³⁵ Veileder Q-15/2004 s. 39

³⁶ Ot.prp.nr 29 (2002-2003) pkt. 10

Barnets ubetingede uttalerett korresponderer med en plikt for domstolene. Regelen er ment som en rettssikkerhetsgaranti, derfor er formuleringen i annet ledd annerledes enn den mer generelle utformingen i første ledd. Dersom barnet er fylt 7 år, skal det høres.

Aldersgrense skulle minske usikkerheten rundt forståelsen av bestemmelsen, og dermed hindre at den ble ulikt praktisert. Det ble videre ansett som hensiktsmessig å ha samme aldersgrense i de tre lover som hadde betydning for barns familie- og omsorgssituasjon, barneloven, barneverntjenesteloven og adopsjonsloven. Den tenkelige ulempen ved en aldersgrense var at det kunne virke noe vilkårlig hvilken aldersgrense som ble valgt, da det fantes lite forskningsmateriale som kunne gi veiledning. Det kunne også være uheldig at en fast aldersgrense kunne føre til at det ble et stort fokus på barn over denne alderen, med den konsekvens at yngre barns rettigheter kunne bli skadelidende. 7-års grense var også avvikende i forhold til andre land Norge sammenlignet seg med. De andre nordiske land hadde en generell utformet regel i nasjonal rett, noen til dels kombinert med en bestemmelse om at barn over 12 år hadde en ubetinget rett til å bli hørt.

Særlig på bakgrunn av høringsuttalelse, og det forhold at en senking av alderen ville virke som et godt virkemiddel til at flere barn ble hørt, ble det foreslått at barn fra 7-års alder ble gitt en betinget uttalerett. Første ledd ble gitt tilføyelse som var mer i tråd med barnekonvensjonens ordlyd, se § 31 første ledd, andre punktum.

Selv om aldersgrensen ble endret innebar ikke dette at barnets mening skal være utslagsgivende, men at den skal som regel være et av flere momenter som tas med i en helhetlig vurdering, kan også være andre forhold som må tillegges større vekt. Regelen om at barn over 12-års meninger skal tillegges stor vekt, ble beholdt i sin gamle form.

6.1.2 Når skal barnet høres

Saker etter bl. § 31, annet ledd, vil som regel dreie seg om barnefordeling, fast bosted eller samvær. Det opplyses ikke direkte i bestemmelsen hvordan barn skal høres eller hvem barnet skal høres av. I lovens § 61 reguleres alternative tiltak som kan iverksettes før hovedforhandling. Bestemmelsens nr. 4 sier at dommeren kan gjennomføre samtaler med barnet, jfr. § 31. Det mest vanlige er at det er dommeren selv, eller en sakkyndig som

oppnevnes i forbindelse med saken som snakker med barnet. Dette kommer jeg nærmere inn på senere.

6.1.3 Tolkningen

Som tidligere nevnt er det en rett som barnet er tillagt og ikke en plikt, dette er det viktig å få frem for barnet når det skal høres. Det er viktig at det presiseres for barnet at det har en medbestemmelsesrett og ikke en selvbestemmelsesrett, slik at det ikke føler noe press til å ha en mening. Barnet skal vite dette slik at det ikke får en stor forventning til utfallet i saken, dersom det ikke er i tråd med barnets ønske. Ofte vil det være viktigere for barnet at det blir hørt og tatt på alvor, enn at dets mening skal få et endelig utfall.

Når det skal vurderes om barnets mening skal tillegges vekt eller ikke, må det vurderes hvor fast og velbegrunnet barnets ønske er. Det skal uansett vises respekt for barnet, og det bør vises varsomhet fra for eksempel en dommers side slik at barnet ikke føler seg krenket og at det blir vist manglende respekt. I vurderingen må det vurderes hvorvidt barnet forstår rekkevidden av saken.

6.1.4 Hvordan videreformidles barnets mening?

Som en følge av kontradiksjonsprinsippet som det opereres med i norsk rett, vil foreldrene ha en rett til å gjøre seg kjent med de opplysninger i saken som kan ha betydning for domstolens avgjørelse. Foreldrene har også en rett til å kommentere disse opplysninger. Dette gjelder også opplysninger som barnet har kommet med og det er derfor viktig at barnet gjøres oppmerksom på at det han eller hun sier i samtale med dommer eller sakkyndig vil foreldrene vil gjøres kjent med, av hovedinnholdet. Denne kjennskapen for barnet kan føre til at det blir mer tilbakeholden med opplysninger, og det kan også få en betydning for barnets ønske om å uttale seg.

Selv om barnet ikke ønsker å komme med et bestemt ønske om hvilken av foreldrene det ønsker å bo sammen med, kan samtalen med barnet likevel bidra til at annen nyttig informasjon om barnets situasjon kommer frem. Dette kan være informasjon som kan ha

betydning for retten når de skal treffe en avgjørelse. Eksempler på hvilken type opplysninger dette kan være er opplysninger om barnets dagligliv, venner og fritidsaktiviteter.

I rundskrivet ”Om saksbehandlingsregler i barnefordelingssaker for domstolene og høring av barn”³⁷ blir det fremstilt som ønskelig at samtalen med barnet skal gjengis i et skriftlig referat som legges ved sakens dokumenter. Dette skriftlige referatet skal gjengi hovedinnholdet i samtalen med barnet. Noen ganger kan det også være aktuelt med en muntlig fremstilling. Den som har gjennomført samtalene med barnet må vurdere hva som skal fremlegges og på hvilken måte det skal fremlegges. Bedømmelsen skal gjøres konkret i hver enkelt sak. Momenter som må vurderes er barns eventuelle forbehold og bekymringer. Hensynet til å forsterke den pågående familiekonflikten unødvendig kan også være et moment. Hvordan informasjonen legges frem og formuleres bør avveies mot eventuelle uheldige konsekvenser det kan ha for foreldre og barn. Det er mulighet for å utarbeide et referat eller en rapport sammen med barnet ved avslutningen av samtalen. Videreformidlingen av det barnet har fortalt om foreldrene kan gjøres i en samtale med foreldrene, hvor den som fremlegger det naturligvis skal opptre med respekt overfor det som har kommet frem under samtalen med barnet. I rettssaken skjer videreformidlingen i den åpne retten. Videreformidlingen skjer enten muntlig eller i form av et skriftlig referat. I noen tilfeller kan det komme frem opplysninger fra barnet som barnet selv ikke ønsker skal videreformidles, eller opplysninger som kommer kan skape bekymringer for at barnet skal utsettes for press etter samtalen. Tilfeller som dette kan reise kompliserte spørsmål og vanskelige vurderinger, her burde dommeren eventuelt i samtale med andre, for eksempel den sakkyndige, drøfte hvordan de skal løse vanskelighetene i saken på en best mulig måte.³⁸

Saker om barnefordeling er svært vanskelige, og desto høyere konfliktnivå, desto mer kreves det av dommeren og andre som skal håndtere saken.

³⁷ Veileder Q-15/2004

³⁸ Veileder Q- 15/ 2004 s. 47-48

6.1.5 Generelle saksbehandlingsregler

De nye saksbehandlingsreglene i barneloven trådte i kraft 1. april 2004. Barneloven § 48 er den første bestemmelsen i saksbehandlingskapittelet, den sier at saksbehandlingen skal være til barnets beste, og bestemmelsen fremstår som et generelt prinsipp. Bestemmelsen er grunnleggende, og den samme regelen gjaldt også tidligere, men var da spredt rundt i lovgivningen. Regelen er et materielt kriterium, det vil si at den går på innholdet av de avgjørelser som skal treffes. Plasseringen er begrunnet i at kapittelet skal gjelde generelt, og det skal gi dommeren nye muligheter. Prinsippet vil nok ikke ha noen direkte innvirkning på prosesslovene, men kan ha innvirkning på hvordan prosessreglene anvendes i barnefordelingssaker. Saksbehandlingen skal også være til barnets beste. Denne regelen vil bidra til å belyse det generelle prinsipp om barnets beste på en god måte som er redegjort for ovenfor. Regelen bidrar til å belyse at også de prosessuelle bestemmelser ved valg av konfliktløsningsmodell skal ha barnets beste som det grunnleggende hensyn. Dette har til formål å gjøre lovverket noe mer overskuelig for den alminnelige borger enn en mer spredt lovgivningsteknikk.³⁹ I noen tilfeller må det skje en avveining mellom barnets beste i prosessuell forstand og andre alminnelige prinsipper i den alminnelige prosess, slikt som forsvarlighets-, parts-, likhets- og kontradiksjonsprinsippet. Herunder kommer også EMK art. 6 nr. 1, og rettighetsnormene i barnekonvensjonen som etter menneskerettsloven §§ 2 og 3 gjelder direkte i norsk rett.

Etter barneloven har ikke partene fri rådighet over sakens gjenstand. Reglene i Tvistemålsloven av 13. august nr. 6 1915 (tvml.) gjelder så langt ikke annet følger av reglene i barneloven, se bl. § 59, tredje ledd. I ny tvistelov fra 17. juni nr. 90 fra 2005 er regelen om at retten ikke fullt ut er bundet av partenes prosesshandlinger i barnefordelingssaker nedfelt i § 11-4.

Retten kan likevel bare avgjøre de krav som er reist i saken, jfr. disposisjonsprinsippet. Dette innebærer at foreldrene står fritt til å bestemme om de vil ha en sak inn for retten, men etter at saken er fremmet for domstolen, står de ikke lenger fritt med hensyn til hva

³⁹ Nordisk Børnerett 2, s. 72

retten skal og kan legge vekt på ved avgjørelsen. Det sies på den måten at det er retten som har ansvaret for å opplyse saken; retten har ansvaret for at saken blir ført på en måte som er i tråd med barnets beste.⁴⁰ I henhold til forhandlingsprinsippet i den alminnelige sivilprosess er det likevel opp til partene å fremlegge for retten det retten skal bygge sin avgjørelse på.

Barneloven § 59 bestemmer at retten har ansvaret for at saken blir påskyndet så mye som mulig. Bestemmelsen er utarbeidet på bakgrunn av *Follo-modellen*. Bestemmelsen gir dommeren en særlig plikt i disse sakene, å vurdere om det er mulig å inngå forlik mellom partene. Dommeren skal legge til rette for dette. *Follo modellen* ble utviklet i Indre Follo tingrett. Hovedtanken bak modellen var at den tradisjonelle måten å løse konfliktene på økte konfliktnivået mellom partene. Konfliktsituasjonen gjør det vanskeligere for foreldrene å få innsikt i sin egen situasjon og sakens realiteter. Fokuset i modellen skal være rettet på løsning, barnet, foreldreskap, samarbeid og mestring. Lovens § 61 gir retten flere virkemidler i denne prosessen, som mulighet for fleksibilitet i forhold til tiltak i saksbehandlingen. Her er blant annet muligheten til å trekke inn sakkyndige i prosessen som en sentral del i meklingsprosessen.⁴¹ Bestemmelsen retter seg også til andre som arbeider med, eller som på annen måte har tilknytning til barnefordelingssaker. Retten har plikt til å påskynde saken, men dette må oppveies mot andre hensyn, som hensynet til barnets beste og andre rettssikkerhetshensyn. Hvordan retten skal veie disse hensynene mot hverandre, må vurderes konkret i hver enkelt sak. Dette er viktig av hensynet til partene i saken. Spesielt for barnet er det uheldig å vente uforholdsmessig lenge før saken kommer opp for retten, eller at det tar veldig lang tid før det foreligger en dom. Dersom omstendighetene i saken tilsier at retten ikke kan avklare disse forholdene raskt, er det uansett bedre at retten kommer til et riktig resultat og en god saksbehandling enn at saken blir avgjort for raskt.

Det er også innbakt i reglene at retten skal opplyse saken før hovedforhandling, se tvml.

⁴⁰ Kjølborg/ Johansen, 2006 s. 22

⁴¹ NOU 2005:09, pkt. 17.2

§ 86, annet ledd. Dette betyr at retten kan bygge på andre opplysninger enn de som partene har påberopt seg eller ønsker å påberope seg. Dette under henvisning til at opplysningene er viktige å komme med for og komme frem til en løsning som er til barnets beste. Reglene for metoder og virkemiddel som dommeren kan bruke for saksopplysning og under forberedelsen finnes i bl. § 61 nr. 1 til 7.⁴²

Begrunnelsen for at barnefordelingssaker ofte omtales som ”delvis indispositive” er fordi partene kan inngå rettsforlik på ethvert trinn av saken, og fordi det er partene som angir tvistetema. Partene kan alltid trekke saken, uten at retten kan hindre det.

I NOU 1998:17 Barnefordelingssaker-avgjørelsesorgan, saksbehandlingsregler og fast bosted, ble det foretatt en analyse av de særtrekk og utviklingslinjer som knytter seg til barnefordelingssaker. I analysen ble det pekt på et behov for å endre reglene slik at de ble mer fleksible og samarbeidsrettede, slik at de negative effektene en konflikt kan ha på barn blir begrenset.

Faktaundersøkelsene som utvalget gjorde, viste at barnefordelingssaker ikke alltid fikk prioritet og fremdrift i avgjørelsesapparatet, og at hensynet til rettssikkerhet og det å begrense konfliktens varighet derfor ikke ble tilstrekkelig ivaretatt.

Lovgivers intensjon bak de nye saksbehandlingsreglene var at saker om barnefordeling skal få et utfall som materielt sett er best for barnet, og at det skal gjennomføres på en måte som er best for barnet.⁴³

6.1.6 Lovens § 60

I barnefordelingssaker er det meget vanlig med midlertidige avgjørelser. Det innebærer at retten kan fatte et vedtak som er tvangskraftig umiddelbart, og det er tvangskraftig frem til hovedsaken er avsluttet. Når det er behov for en rask avgjørelse, vil i siste instans være

⁴² Kjølberg/Johansen, s. 151-152

⁴³ Dalseide, 2004, s. 12.

rettens vurdering.⁴⁴ Grunnlaget for adgangen til midlertidige avgjørelser er at sivile saker kan versere i lang tid. Det er derfor behov for midlertidige ordninger mens saken pågår.

⁴⁴ Kjølborg/Johansen, 2006 s. 24

7 Rettspraksis

7.1 Innledning

De nye reglene i barnelovens kapittel 7 legger føringen for hvordan sakene skal avgjøres. For det første så kan sakene avgjøres ved avtale, bl. § 36. Foreldrene har plikt til å megle etter oppløsning av ekteskap, selv om de er enige om foreldreansvar og samværet. Tidligere ble dette bare gitt som et tilbud til samboere, det var likevel også slik at det skulle megles før en rettssak. Nye regler gjør at også samboere har en plikt til å megle, og dersom dette ikke skjer, mister de muligheten til utvidet barnetrygd, se barnetrygdloven av 8. mars nr. 4 fra 2002

§ 9, femte ledd, og bl. § 51, tredje ledd. Dersom partene ikke er enige, kommer saken direkte for retten. Ordningen var tidligere at fylkesmannen kunne avgjøre dette. Nå er regelen den at fylkesmannen bare har tvangskraft, se bl. § 55, dersom foreldrene vil inngå en avtale.

Rettspraksis er den kilde som skaper retningslinjene for hvilke hensyn som skal tas, og kan tillegges vekt i sakene om foreldreansvar og samvær.

7.2 Lagmannsrettspraksis 2005-2006. Utvalgte dommer

Antallet lagmannsrettsdommer som omhandler barneloven § 31 er meget omfattende i dette tidsrommet, men ikke alle belyser problemstillingen på en slik måte at det er mulig å lese hvordan domstolen har tenkt når den har vurdert spørsmålet eller påstanden om at barnet har blitt hørt eller burde ha blitt hørt, eller hvordan barnets mening tillegges vekt. Utvalget av dommene er tatt fra de ulike lagmannsrettene i Norge. Ettersom omfanget av dommer er så stort, er utvalget skjønnsmessig. Det er ønskelig å velge de dommene der det er mulig å få noe ut av domspremissene. Det er et formål å se hvilke hensyn retten legger vekt på i saker hvor barnets mening blir utslagsgivende og hvor barnets mening ikke blir avgjørende.

7.3 På hvilken måte blir barnets mening hørt?

I de aller fleste sakene blir barna hørt av en sakkyndig som er oppnevnt i forbindelse med saken. Det var bare mulig å finne to eksempler der barna var blitt hørt i dommeravhør.⁴⁵

I en del saker har konfliktene pågått over så lang tid at retten ikke innhenter barnets uttalelser i forbindelse med den enkelte sak.⁴⁶ Her har ofte barnets mening kommet frem på et tidligere stadium, og barnet spares dermed for den belastningen det er å høres i forbindelse med en slik sak. I saker som har vært oppe i retten flere ganger, er det ofte mulig å se om barnet har hatt en fast mening over lengre tid. Om barnets mening har vært entydig over lengre tid, vil ofte være et moment av betydning. Det kan også være slik at flere sakkyndige har vært i kontakt med barnet, og deres materiale fra denne kontakten kan da brukes senere.

7.4 I hvor stor grad blir barnet hørt?

I en dom fra Gulating lagmannsrett⁴⁷ gikk retten langt i å legge vekt på andre hensyn enn barnas ønsker. Saken gjaldt to gutter på henholdsvis 15 og 8 år. Begge guttene ga klart uttrykk for, i dommeravhør, at de ønsket å bo hos sin mor. Den sakkyndige mente også at barna burde bo hos mor. Lagmannsretten kom derimot frem til at dette ikke var til barnas beste og at deres ønsker derfor ikke ble avgjørende. De momenter som fikk avgjørende betydning var blant annet at lagmannsretten fant det klart at det forelå alvorlige problemer i mors hjem. Hun hadde til tider voldelig atferd overfor barna og kunne også reagere med voldsom verbal utagering. Det var klart mangelfulle rammer i mors hjem med hensyn til orden og hygiene, samt muligheten for barna til å gjøre skolearbeid. Retten rettet kritikk mot barnevernet, som hadde vært inne i bildet, og fant at deres oppfølging var mangelfull. Det var langt på vei omsorgssvikt hos mor, også i barnevernlovens forstand. Selv om forholdene hos mor hadde stabilisert seg noe den siste tiden, kunne ikke retten være sikker på at det var stabilt nok. Retten fant også det moment at mor ventet barn med ny kjæreste,

⁴⁵ LG-2006-62064, LB 2006- 25107

⁴⁶ LB- 2005-46286

⁴⁷ LG-2006-62064

og at boforholdene rundt dette ikke var klarlagt. Dette var et moment som kunne virke forstyrrende på barna. Mors nye kjæreste var dømt for vold mot en tidligere kjæreste. Selv om den ene sønnen var så gammel som 15 år, ble likevel ikke hans ønske avgjørende. Lagmannsretten gikk så langt som å beklage overfor guttene, men fant det klart at både på kort og lengre sikt var det den beste løsningen for guttene at de bor fast hos far, og at de har samvær med mor. Samlet sett var dette et vesentlig bedre alternativ enn mor som omsorgsalternativ. Retten synes å være meget klar i sin argumentasjon. Det er også vanskelig å lese ut fra dommen hva grunnlaget for den sakkyndige som mente at barna skal bo fast hos mor er. Endelig nevnes det her at det ser ut som at retten legger stor vekt på vitneprovet fra et felles barn som har klare meninger om mor som omsorgsperson. Hålogaland lagmannsrett⁴⁸ gikk også lang i å sette barnas ønsker til siden i en barnefordelingssak. Saken omhandler ei jente og en gutt på henholdsvis 12 og 14 år. Barna hadde over en lengre periode gitt uttrykk for at de ønsket å bo hos far. Gutten var i en svært utsatt situasjon, da han tidligere hadde vært innlagt på barne- og ungdomspsykiatrisk klinikks akuttpost i noen dager. Senere hadde han vært innlagt på familieposten i en noe lengre periode. Bakgrunnen for dette var at han bar preg av konflikten mellom foreldrene, samt at han var blitt utsatt for mobbing på skolen. Gutten hadde forut for innleggelsen bodd hos sin far. Den sakkyndige hadde for tingretten i sin erklæring gitt uttrykk for at gutten fremdeles var sårbar, og dersom han flyttet tilbake til far og hans miljø kunne han lett falle tilbake til tidligere problemer. For å unngå dette måtte det stilles større krav til far. Mor hadde vist at hun kunne håndtere dette på en god måte. Den yngre søsteren hadde et enda klarere ønske om å flytte til far.

Den sakkyndige gav en tilleggserklæring for lagmannsretten med en samlet vurdering av saken. Her ble det uttalt at saken ikke hadde endret seg vesentlig siden den var oppe i tingretten. Den sakkyndige mente at barnas livssituasjon var god og stabil hos mor. Gutten viste god utvikling. Sakkyndig mente at barnas ønsker ikke kunne ha avgjørende betydning da utviklingen var så positiv for gutten, og selv om jenta hadde et enda sterkere ønske om å bo med far, så var foreldrene enige om at søsknene ikke skulle skilles. Begge barna hadde

⁴⁸ LH-2006-101829

for lagmannsretten et klart ønske om å ville bo hos far. På grunn av barnas alder måtte retten legge betydelig vekt på det de mente, men også fordi deres ønske var så entydig og konsistent. I lagmannsretten ønsket ikke den sakkyndige å komme med noen anmodning om hvor barna burde bo fast. Retten fant likevel at barna burde fortsette å bo fast hos sin mor, og bo sammen som søsken. Retten mente at dette ville være til det beste for barna, og det som trygget deres oppvekst og utvikling fremover. Hovedargumentet var risiko ved miljøskifte, da spesielt for gutten. Hovedformålet med flyttingen til mor var nettopp å bryte den problemutviklingen som gutten hadde kjørt seg fast i. Argumentasjonen gikk også ut på at gutten hadde et særlig omsorgsbehov, noe mor var særlig godt egnet til å gi (hun hadde blant annet utdanning innen feltet). Ut ifra rettens argumentasjon kan det leses at de ikke ser det som heldig å avvike barnas ønsker når de er kommet så klart til uttrykk og at dette synet heller ikke er endret. Retten så det likevel slik at de andre momentene i saken veide tyngre og disse fikk dermed avgjørende betydning. I sammenhenger som dette kan det være nærliggende å undres over hva det gjør med barn når deres ønsker blir fraveket på en så klar og åpenbar måte. Det ville også vært interessant å ha kjennskap til hvordan slike resultater fungerer i praksis. Barn er mer tilpasningsdyktige enn voksne mennesker, men er det likevel heldig for såpass gamle barn at deres ønsker ikke blir respektert? Dette er spørsmål som ikke kan besvares her, men de kan stilles for å ikke ha et helt ukritisk syn på saken.

I en sak i Borgarting lagmannsrett⁴⁹ legger ikke retten avgjørende vekt på barnets ønsker. Retten er imidlertid ikke enige, og det foreligger dissens. Barna var henholdsvis 12, 10 og 8 år. Den yngste og den eldste av barna gav klart uttrykk for et ønske om fast bosted hos far. Den sakkyndige hadde også gitt uttrykk for at de tre barna burde bo fast hos far. Den sakkyndiges konklusjon ble begrunnet i at dette ville sikre barnas behov for å opprettholde relasjonen til begge foreldrene på en best mulig måte. Hun mente også at denne løsningen ville gi de beste oppvekstvilkår totalt sett. Dette ville ivareta hensynet til barnas nettverk rundt fars bolig, ville gi bedre boforhold, og være mer gunstig i forhold til venner og skole. Den mellomste av barna ønsket å bo hos mor, men den sakkyndige mente at hun ville savne

⁴⁹ LB-2005- 43095

sine søsken og mistrives dersom barna ble skilt. Det forelå heller ingen faglige grunner til å skille barna, og de ønsket heller ikke at det skulle skje. Retten delte den sakkyndiges syn på at barna ikke burde skilles. Det som ble de avgjørende momenter i saken, var fars personlige egenskaper. Han hadde gitt uttrykk for et nedvurderende syn på mor, og at han generelt hadde et nedlatende syn på kvinner. Far tok selv avstand fra denne karakteristikken av seg selv, men retten mente at det ut ifra bevisførselen var klart at far hadde et slikt kvinnesyn at det burde tillegges vekt i forhold til spørsmålet om fast bosted for barna. Lagmannsretten uttrykte at de hadde tiltro til at barna som ønsket å bo hos far er genuine ønsker fra deres side, det er også sakkyndiges oppfatning. Ettersom den ene av barna hadde et annet ønske enn de to andre, måtte retten vurdere hvilken vekt ønskene skulle tillegges.

Flertallet mente det var omstendigheter i saken som tilsa at det var mor som burde gis den daglige omsorg. På grunnlag av bevisførselen hadde det kommet frem momenter som skapte tvil om far ville opptre lojalt i forhold til en samværsordning med mor. Flertallet mente at hensynet til størst mulig samlet foreldrekontakt var et viktig hensyn ved avgjørelsen av bostedsordning. Den av foreldrene som var best i stand til å ivareta dette hensynet, var etter rettens mening den som burde være bostedsforelder. Forelderens holdning til samværsordning ville lett smitte over på barna, og dette kunne etter rettes syn føre til uheldige konsekvenser for samværsordningen. Dette var begrunnelsen for at flertallet ønsket at barna skulle ha fast bosted hos mor.

Mindretallet kom på sin side til at barnas ønsker burde tillegges avgjørende vekt. Det skulle, etter mindretallets syn, tungtveiende grunner til for å velge en annen løsning enn den barna gav uttrykk for. Den eldste av barna var over tolv år, og det skal da legges stor vekt på hennes ønske. De forhold som er nevnt ovenfor var etter mindretallets syn ikke tungtveiende grunner nok til at det ut fra en samlet vurdering må anses som barnas beste om to av barnas uttrykte ønsker settes til side. Mindretallet mente derfor at fast bosted måtte bli hos far.

Resultatet i saken ble fast bosted hos mor.

7.4.1 Anses det som saksbehandlingsfeil om barnet ikke blir hørt?

I RG. 2005 s. 1387, ble det ved kjennelse fra Eidsivating lagmannsrett bestemt at det var en saksbehandlingsfeil at barnet ikke direkte for retten eller gjennom den sakkyndige var gitt mulighet til å redegjøre for sitt syn på omsorgs- eller samværsspørsmålet. Barnet var 9 år gammelt og det kunne ikke ses bort ifra at hennes eventuelle synspunkt kunne ha forandret tingrettens avgjørelse. Tingrettens kjennelse ble derfor opphevet, opphevelsen gjaldt bare avgjørelsen og ikke selve rettsmøtet. Før tingretten hadde mulighet til å treffe ny avgjørelse, måtte barnet høres.

Resultatet ble det samme i RG. 2005 s. 104. Eidsivating lagmannsrett mente at det også her var en saksbehandlingsfeil at den ene gutten ikke var blitt hørt av tingretten. Det innebar at retten ikke hadde fulgt lovens påbud. Barna var henholdsvis 7 og 3 år, og gutten det var aktuelt å høre hadde bare vært over lovens aldersgrense for å bli hørt i noen få måneder. Hans ytringer kunne derfor ikke tillegges like stor vekt som hos eldre barn. I tillegg til den feilen at barnet ikke var blitt hørt, forelå det få holdepunkter for hva guttene egentlig mente. Lagmannsretten hevdet tross guttens unge alder at det ikke kunne ses bort ifra at hans ytringer kunne ha påvirket avgjørelsen, særlig i dette tilfellet, der tingretten i tillegg hadde uttrykt tvil. Resultatet ble dermed at tingrettens avgjørelse ble opphevet.

Lagmannsrettdommene samsvarer ikke med det Høyesterett sier i Rt. 2004 s. 811, denne dommen redegjøres det for nedenfor i 7.4.7.

7.4.2 Blir tredjepersoner som kjenner barnet hørt i retten?

I kun én dom har retten anvendt uttalelser fra en utenforstående tredjeperson, og tillagt dette vekt.⁵⁰ Dommen omhandlet hvor to søsken på henholdsvis 8 og 12 år skulle bo fast. De hadde de siste to år bodd fast hos sin far, men begge barna gav klart uttrykk for at de helst ville flytte til mor. Barna var blitt hørt både av oppnevnt sakkyndig psykolog i tingretten og oppnevnt sakkyndig psykolog i lagmannsretten. Den eldste av barna hadde gitt opplysninger både til sine foreldre og psykolog for tingretten at han ønsket å flytte til sin mor. Her ble lærerne til begge søsknene hørt for retten. De kunne fortelle at i

⁵⁰ LB-2005-174419

forbindelse med elevsamtaler hadde begge gitt uoppfordret uttrykk for at de gjerne ville flytte til mor. Den sakkyndige for lagmannsretten opplyste også om at begge barna i samtale med henne hadde gitt uttrykk for at de helst ville bo hos mor. Lagmannsretten vurderte barnas ønsker om hvor de ville bo fast som entydig over lengre tid. Retten la da vekt på at begge barna uoppfordret, ved flere anledninger og overfor flere personer, hadde gitt uttrykk for at de helst ville bo hos mor. Lagretten uttrykker at de legger størst vekt på det eldste barnets uttalelser, men at ønskene fra det yngre bare styrker lagmannsrettens vurdering om at det ville være til barnas beste å bo fast hos mor. Lagmannsretten finner god støtte for sitt standpunkt i barnas ønsker her. Det opplyses om at begge foreldrene var kompetente og flotte foreldre som begge hadde gode omsorgsevner. Når det gjaldt flyttingen av barna, så innebar heller ikke det store problemer, foreldrene bodde kun 10 kilometer fra hverandre og barna trengte derfor ikke bytte skole selv om mor bodde i en annen kommune (dette er ikke tilfelle da saken er kommet for Høyesterett). Far hadde også gode muligheter til samvær med barna.

Lagmannsrettens dom ble anket av far til Høyesterett, og dom er nettopp avsagt.⁵¹ Utfallet av dommen redegjøres for nedenfor i 7.4.6.

7.4.3 Bruk av sakkyndige

I 14 av 17⁵² lagmannsrettens avgjørelser jeg har gjennomgått, er det blitt brukt sakkyndig i prosessen. Ut fra dette er det mulig å slutte at retten anser bruk av de sakkyndige som en viktig del av prosessen, og at det er de som har spesielt god kjennskap til barn som er de best egnede til å tale med dem. I kun to⁵³ av sakene ble barna hørt i dommersamtale. I den ene saken opplyses det ikke om det er brukt sakkyndig overhodet, mens i den andre saken brukes sakkyndig til å følge forhandlingene og gi råd til retten. Det bemerkelsesverdige i denne saken er at barna er så gamle som 8 og 15 år. Ikke bare går retten imot barnas

⁵¹ HR-2007-00518-A, dom 160307

⁵² Barna ble ikke hørt i RG. 2005 s. 1397, og RG. 2005 s. 104

⁵³ LG-2006-62064, LB-2006-23107

ønsker, men også imot den sakkyndiges vurdering. Dommen er omtalt ovenfor og det redegjøres derfor ikke nærmere for her.

På grunnlag av generelle juridiske premisser kan det være vanskelig å avgjøre hva som er barnets beste. Den rettslige avgjørelsen som skal treffes i barnefordelingssaker krever psykologisk innsikt og kunnskap om barn. Der det er en dommer som skal fatte en avgjørelse, må han eller hun spørre seg: Hva er best for barnet med fremtiden for øye? I denne skjønsmessige vurderingen som ligger til grunn for disse avgjørelser, kan dommerens verdisyn og egne personlige vurderinger ligge til grunn for avgjørelsen i større grad enn i andre sivile saker, dette er et særtrekk ved barnefordelingssaker. Dette er begrunnelsen for at retten har mulighet til å innhente fagkyndig bistand, for å belyse de spørsmål saken reiser.⁵⁴

I de aller fleste barnefordelingssaker for lagmannsretten oppnevnes det en sakkyndig i forbindelse med saken. Dette vil være naturlig, og kan i større grad bidra til heldige løsninger. Sakkyndige har en bedre forutsetning for å tale med barna og vurdere deres forhold med foreldrene, fordi de er utdannet til å forstå barna og deres behov. Dommerne har også mulighet til å samtale selv med barna, men i de fleste tilfeller ser det ut til at de ønsker at sakkyndige skal ta seg av denne oppgaven. Det kan ikke forventes at jurister skal ha like stor forutsetning for å snakke med barn som eksempelvis psykologer og sosionomer har. Disse kan også si noe om barnas behov og hvordan de mestrer situasjonen de er i. Redegjørelse fra sakkyndig kan også belyse hensynet til barnets beste på en annen og god måte, ettersom begrepet er av dynamisk karakter og vil endre seg fra sak til sak. En sakkyndig som oppnevnes i forbindelse med saken kan ha stor innflytelse på hva som kan anses som barnets beste i det enkelte tilfellet. Den sakkyndige og juristen vil ut ifra sin faglige bakgrunn ha ulike vurderingskriterier for å definere innholdet i barnets beste. De nye saksbehandlingsreglene gir anledning til å benytte bruk av en sakkyndig på et tidlig stadium i saken, og det forventes at denne personen skal ha et tett samarbeid med dommeren.⁵⁵

⁵⁴ Kjølberg, Johansen, 2006 s. 21

⁵⁵ Kjølberg, Johansen, 2006 s. 21

Sakkyndige vil ofte ha samtaler med barnet eller barna før hovedforhandling, etter samtalene utarbeider ofte den eller de sakkyndige en rapport eller en vurdering som legges frem i retten under hovedforhandlingen. Nært samarbeid med dommeren gir dommeren større innsikt i saken og kjennskap til hva som ligger til grunn for den sakkyndiges anbefalinger.

7.4.4 Høyesterettspraksis

Det er ikke et stort antall barnefordelingssaker som kommer inn for Høyesterett. Dette har i stor grad sin årsak i at sakene ikke er særlig godt egnet for behandling her. Grunnen til at de ikke egner seg for behandling er at Høyesterett ikke har mulighet til å møte partene, og dermed mister muligheten til å danne seg et umiddelbart inntrykk av foreldrene og barnet.⁵⁶

I noen saker har Høyesterett likevel kommet med noen prinsipielle uttalelser som er relevante. De hensyn som tillegges vekt er utviklet gjennom rettspraksis.

Et moment som var avgjørende i Rt. 2005 s. 682 var stabile forhold i hjemmet og best mulig samlet familiekontakt. Dommen sier noe om barnets ønske. Saken gjaldt daglig omsorg og samværsrett med en jente på 10 år. Hun var utsatt for press fra begge foreldrene, og hadde på et tidlig stadium opplevd en lojalitetskonflikt. Jenta gav et sterkt uttrykk for at hun ikke ønsket å møte far og motsatte seg møter med han. Høyesterett mente på sin side at mor kunne bebreides for dette. Poenget var at barnet var påvirket av mor til å ha en del feilaktige og negative oppfatninger om far. Denne påvirkningen sa en del om mors omsorgsevne. Mor hadde forsømt det ansvar hun etter loven hadde til å medvirke slik at datteren får samvær med sin far. Det var ønskelig at barnet skulle få mest mulig samlet foreldrekontakt. Dette var ikke mulig så lenge mor hadde foreldreansvaret, derfor ble det hevdet at barnet ville oppnå dette på best mulig måte dersom far fikk medhold i sitt krav om daglig omsorg. I saken uttalte den sakkyndige at det i avgjørelsen burde legges vekt på hensyn til stabilitet og forutsigbarhet for barnet. Høyesterett gav uttrykk for at de var i tvil, men på bakgrunn av de opplysninger som hadde kommet frem under saken og den sakkyndiges uttalelser, kom de frem til at de ønsket å følge den sakkyndiges råd om å la far

⁵⁶ Haugli, Trude, 2004, s. 7

overta omsorgen. Avgjørelsen gikk sterkt imot det som var barnets ønske og retten uttalte at det momentet gjorde avgjørelsen ekstra vanskelig.

I Rt. 1997 s. 707 vektlegges barnas ønske. Begge barna hadde hatt samtaler med sakkyndige. Søstrene hadde nær tilknytning til hverandre, det var derfor uaktuelt å skille dem. Retten slår også fast i dommen at det vil være barnas alder på domstidspunktet som vil være avgjørende. Det eldste barnet var på domstidspunktet 12,5 år, og det yngste var 10 år.

I Rt. 1990 s. 669 hadde barnet hatt et fast og alvorlig ønske om å bo sammen med mor, i denne saken ble det ansett som avgjørende.

7.4.5 Oppnås lovgivers intensjon?

Lovgivers intensjon slik det fremgår av Ot.prp.nr. 29 (2002-2003) var at barn skulle gis en ubetinget uttalerett fra 7 år, men etter Rt. 2004 s. 811 er nå rettstilstanden uavklart.

Begrunnelsen for lovendring var nettopp at flere barn skulle bli hørt og at nye saksbehandlingsregler skulle legge til rette for dette. Det virker derimot som at domstolen ofte setter andre hensyn høyere, og dermed undervurderer barnets medbestemmelsesrett.

I 14 av mine 17 saker i lagmannsretten blir barna hørt. I de tre sakene der barna ikke høres er ett barn tre år, og det er derfor naturlig at meningen ikke kommer frem. To av sakene er kjennelser der det anses som saksbehandlingsfeil at de ikke er hørt.

Her mangler det materiale å sammenligne med, men i de aller fleste tilfeller blir barna hørt.

I kun to av sakene er barnas mening avgjørende for utfallet av saken. I tre av sakene har ikke barnets mening alene avgjørende betydning, men er et av flere hensyn som tillegges vekt. Resultatet er her i samsvar med barnets ønsker. I seks av sakene går dommen i mot barnets ønske. I disse tilfellene vektlegger retten andre hensyn større betydning. Resultatet i de resterende sakene er i tråd med barnets ønske. Dette med den begrunnelse at samvær

ikke vil la seg gjennomføre, fordi det er så sterkt imot barnets vilje, eller at det ikke har kommet frem noen mening.⁵⁷

Lagmannsretten har likevel en sterk tendens til å nedtone betydningen av barnas mening når de er under 12 år. Dersom deres mening er i samsvar med eldre søsken ser det ut til at retten legger avgjørende vekt på at barna ikke skal skilles. Det er derfor det eldre barnets mening som har størst betydning. I hele sju av sakene er det tale om søsken. I to saker er barna henholdsvis 7 og 4 år, og 7 og 5 år.⁵⁸ I den første saken høres bare barnet på 7 år, men hennes ønske kan ikke få avgjørende betydning, da det avgjørende var best mulig samlet foreldrekontakt. Mor var også den omsorgspersonen som var best egnet til å holde barna utenfor foreldrekonflikten. Far hadde fremstått overfor barnet som den av foreldrene det var mest synd på, bevisst eller ubevisst. Han fremstilte seg selv også som den forlatte, og hans engasjement overfor barna var mer enn det som er bra. Psykologen kunne heller ikke konkludere med noe klart og stabilt ønske fra barnet, det avgjørende var da at barna skulle få bo hos den som ville sørge for best mulig samlet kontakt mellom barn og foreldre.

7.4.6 I hvor stor grad vektlegges barnas mening?

I en fersk Høyesterettsdom⁵⁹ har retten lagt avgjørende vekt på barnas ønsker. Der retten legger avgjørende vekt på barnas ønsker, er som regel begge foreldre godt egnet til å ha den ”daglige omsorgen”. Far anket dommen inn for Høyesterett, og den er nettopp avsagt. Forholdene for lagretten er redegjort for ovenfor.⁶⁰

Høyesterett stadfester lagrettens dom, og legger avgjørende vekt på barnas ønsker.

Retten uttaler om bl. § 31:

⁵⁷ LH-2005-184445, barna var 7 og 5 år, sakkyndig har talt med barna, det opplyses bare om at de har god tilknytning til begge foreldre

⁵⁸ LF-2005-22925, LH-2005-184445

⁵⁹ HR-2007-00518-A, dom 160307

⁶⁰ LB-2005-174419

”Den fordel det kan bli snakk om for barna i denne saken, er at de får bo der de selv har uttrykt ønske om å få bo. Etter barnelova §31 skal barn som har fylt 7 år få si sin mening før det blir tatt avgjørelse om dets personlige forhold, blant annet om hvem av foreldrene det skal bo hos. Når barnet er fylt 12 år, skal det legges stor vekt på hva barnet mener. Det er likevel ikke slik at barnas mening i seg selv skal være avgjørende. Barn skal i utgangspunktet ikke, uansett alder og modenhet, pålegges det ansvar det er å måtte velge mellom sine foreldre. På den annen side må man, når barnet har nådd en viss alder, og har klart gitt uttrykk for en fast mening, legge betydelig vekt på dette. Ellers vil ordningen med å rådspørre barna, som ofte innebærer en stor belastning for dem, kunne virke respektløs og krenkende.”

Det avgjørende for retten er at det er en fordel at barn får bo der de ønsker. Ordningen med å bo hos far var likevel en velfungerende ordning. Partene er også enige om dette. I rettspraksis er det satt som et krav at dersom situasjonen skal endres må flytting innebære fordeler for barna, jfr. Rt. 1996 s. 420.

Avgjørelsen begrunnes også med at spesielt det eldste barnet hadde hatt et fast og langvarig ønske, og dersom dette ønsket ikke ble fulgt ville barnet få en følelse av å ikke bli tatt på alvor.

I sammenhengen nevnes også at Høyesterett anvender samme sakkyndig som i lagmannsretten.

Omstendighetene var de samme for Høyesterett som tidligere, bortsett fra ett forhold.

Lagretten la til grunn for sin avgjørelse at barna ikke nødvendigvis måtte skifte skole ved å flytte til mor, noe som viser seg å ikke være tilfelle. Dette vil være det mest gjennomgripende for barna. Den sakkyndige har likevel lagt til grunn at dette ikke ville være et stort problem for barna å bytte skole. Høyesterett finner heller ikke at dette kan være en avgjørende ulempe for barna, slik at de ikke får flytte etter sine ønsker.

Det som er det mest spennende med dommen er at retten sier noe om de psykologiske aspekter ved at barna høres. Høyesterett mener at dersom barnas mening ikke hadde blitt tillagt denne vekten, ville det virket respektløst og krenkende. Det er nettopp dette som er kjernen i uttaleretten; det viktige er at barna føler seg respektert, har muligheten til å si sin

mening om det de ønsker, og at de ikke blir overkjørt i en prosess som har slik uendelig stor betydning for dem.

7.4.7 Er barna gitt en ubetinget uttalerett?

Med utgangspunkt i en naturlig forståelse av lovtekstens ordlyd og forarbeidene til barneloven, er det klart at bestemmelsen var ment som en ubetinget rett for barnet. Denne retten er naturligvis av den karakter at det kan være andre forhold som tilsier at det ikke skal legges avgjørende vekt på barnets ønsker.

En Høyesterettsdom som har blitt kritisert, er Rt. 2004 s. 811.⁶¹ Høyesterett tar her stilling til om barnets rett til å uttale seg er en ubetinget rett, eller om denne retten kan settes til side dersom hensynet til barnets beste tilsier det. Dommen viser en ny side av problemstillingen som ofte kommer opp i barneretten.

Saken gjaldt endring av en nylig avsagt dom hvor barnet ikke var gitt mulighet til å uttale seg i det hele tatt. Høyesterett vurderte spørsmålet om det var en saksbehandlingsfeil at et barn ikke var blitt gitt rett til å uttale seg i en sak om farens samværsrett. Faren, som anket til Høyesterett, mente at dette var en saksbehandlingsfeil. Det var bare anken over saksbehandlingen, når det gjaldt spørsmålet om gutten skulle bli hørt, som ble henvist til behandling. Høyesterett forkastet enstemmig anken. Om barnets uttalerett sier Høyesterett:

”Det er ingen tvil om at utgangspunktet etter så vel barnelova § 31 som barnekonvensjonens artikkel 12 er at C skulle høyras. Etter mitt syn står likevel ikkje dette synspunkt så sterkt der det er tale om en endring av samværsordninga i ein ny dom, som det ville ha stått ved den opphavlege prøvinga. Saken må i alle tilfelle vurderast i lys av det grunnleggjande prinsippet om barnets beste, slik det er slått fast både i barnelova og i barnekonvensjonen”

⁶¹ Lucy Smith, FAB, 2004

Grunnlaget for at Lucy Smith har rettet kritikk⁶² mot denne dommen er ikke fordi avgjørelsen ikke er riktig. Det er grunn for å tro at det var til barnets beste at saken ble avsluttet, og at dette skjedde uten at barnet var blitt hørt. Det som er det problematiske er at Høyesterett åpner for at barns uttalerett generelt må vurderes opp imot hensynet til barnets beste. Retten gjør heller ingen reservasjoner for sakens art, selv om voterende uttaler at retten står sterkere i den opprinnelige prøvingen enn den gjør i en endringssak. Dersom dette er meningen, er det i så fall i strid med barneloven og barnekonvensjonen. Det må heller være mulig å si at i de tilfeller der barnet er blitt hørt, så må barnets mening vurderes opp imot det som retten mener er det beste for barnet. I denne vurderingen må barnets mening tillegges vekt. Da retten i noen tilfeller komme til et resultat som ikke er i samsvar med barnets mening, med begrunnelsen at det ikke er til barnets beste. Smith kan ikke se at det var nødvendig for resultatet at førstvoterende uttrykker en så generell regel som han gjør her. For Smith er kjernen i saken hvorvidt far skulle ha mulighet til å reise ny sak om omfanget av samværsretten kun få dager etter det forelå rettskraftig dom mellom partene, i en sak der foreldrene ikke hadde vært uenige om samværsretten. Etter barneloven § 63 kreves det særlige grunner for at en dom i en barnefordelingssak skal kunne endres. På bakgrunn av saksforholdet i saken var det klart at slike særlige grunner ikke forelå, og dette burde da vært Høyesteretts hovedargument for at gutten ikke var spurt om å uttale seg. Det minnes om at Høyesterett her bygger på loven slik den lød før endringen, men barnekonvensjonen var på domstidspunktet inkorporert til norsk rett. Det finnes ikke andre dommer som tar opp spørsmålet om barnet har en ubetinget uttalerett. Høyesteretts kjæremålsutvalg har i to innbyrdes motstridende kjennelser uttalt seg om dette når det gjelder midlertidige avgjørelser. Rt. 1999 s. 1183 viser til utvalget til bl. § 31, annet ledd, som fastslår at barn over tolv år skal høres i saker som gjelder deres personlige forhold. Kjæremålsutvalget fastslår her at det ikke er gjort noe unntak for saker som gjelder midlertidige avgjørelser etter bl. § 38. En saksbehandlingsfeil forelå derfor, og det førte til at lagmannsrettens kjennelse ble opphevet. I Rt. 2000 s. 874 kom kjæremålsutvalget til et motsatt resultat. Det var ikke en saksbehandlingsfeil at en gutt på 13 år ikke var blitt hørt i

⁶² Se Smith, Lødrup, 2006 s. 117, samt Smith Lucy, FAB, 2004

en endringssak. Kjæremålsutvalget bygger på at gutten var blitt hørt av en dommer i herredsretten, men uttaler likevel følgende:

”Det er et tvilsomt spørsmål om det kan gjelde som en alminnelig regel at barn over 12 år skal få si sin mening også i saker om midlertidige avgjørelser av hvor barnet skal bo.”

Utvalget gir deretter ingen begrunnelse for sitt standpunkt. Smith mener at det kan være nærliggende å tro at utvalget mener at det ikke vil få så store konsekvenser, ettersom det er tale om midlertidige avgjørelser. Dette er en uholdbar begrunnelse. Selv om den bare gjelder for et kortere tidsrom, kan likevel avgjørelsen få store konsekvenser for barnet. Avgjørelsen kan føles veldig viktig for barnet selv. Det kan også være slik at denne avgjørelsen kan få betydning for det endelige resultat. Smith og Lødrup hevder i sin bok ⁶³ at det etter deres syn er klart at regelen i § 31 også må gjelde for midlertidige avgjørelser. Standpunktet støttes imidlertid også av en kjennelse fra Borgarting lagmannsrett (19. oktober 2005), som opphever en midlertidig avgjørelse fordi tingretten ikke hadde hørt en gutt på 11 år. Dette støttes igjen av de to lagmannsrettskjennelsene som det er redegjort for ovenfor. ⁶⁴ Borgarting lagmannsrett uttaler i sin kjennelse at barn over 7 år etter barneloven § 31 *skal* høres når det skal fattes avgjørelser om deres personlige forhold. Lagmannsretten mener også at dette er en ubetinget uttalerett som er innført med den begrunnelse å styrke barns rettsstilling. Det var derfor klart at det forelå en saksbehandlingsfeil når barnet ikke var hørt.

Kjæremålsutvalget har i en dom fra Rt. 2005 s. 1693 igjen gitt uttrykk for at bl. § 31 også får anvendelse ved midlertidige vedtak. Retten gir likevel uttrykk for at utgangspunktet om at barn hadde rett til å bli hørt ikke sto like sterkt som ved vanlige avgjørelser om hvem barnet skulle bo fast hos. Det var ingen saksbehandlingsfeil at et 10 år gammelt barn, med modningsnivå på under fem år, ikke var blitt hørt i saken.

⁶³ Smith/ Lødrup, 2006 s. 117-118

⁶⁴ Se RG. 2005 s. 1387, RG. 2005 s. 104

Utvalget av lagrettsdommer viser at barna i de aller fleste tilfeller blir hørt i barnefordelingssaker. I de to kjennelsene fra Eidsivating lagmannsrett gikk de så langt som å si det var en saksbehandlingsfeil at barna ikke var blitt gitt muligheten til å få sagt sin mening. Lagretten mente at deres uttalelser kunne få betydning for utfallet av saken. Som tidligere omtalt, er rettstilstanden fremdeles uavklart, jfr. Rt. 2004 s. 811. Det vil være spennende å se i fremtiden om Høyesterett vil endre synspunkt her. Lucy Smith mener at uttalelsene i Høyesterett kan bidra til at uttaleretten svekkes. Dette vil i så fall være et meget uheldig tilbakeskritt.

En analyse av reglene og deres forarbeider bidrar klart i retning av at barn fra 7 år og oppover er gitt en ubetinget rett. Det er bare i de helt spesielle tilfeller at denne retten ikke skal anvendes. Samtaler med barn trenger ikke nødvendigvis ha som formål at barnets mening og ønsker skal komme frem. Samtalen kan bidra til å danne et bilde av barnet, hvordan det har det og hvilke behov barnet har. Barn under 7 år er etter den norske bestemmelsen ikke gitt noen ubetinget rett, men dersom modenhet og alder tilsier det, så kan det høres. Ingen av lagrettsdommene sier noe om dette, det er derfor vanskelig å komme med noen føringer på dette området. Kun én dom⁶⁵ omhandler et barn under 7 år. Det opplyses om at det brukes en sakkyndig i saken, men det kommer ikke frem noe spesifikt om barnet. Barnet er kun 3 år. Barn i denne aldersgruppen vil ikke ha faste og langvarige ønsker om hvem de ønsker å bo hos, men dette kan variere ut ifra hvem av foreldrene de er sammen med.

⁶⁵ LB-2005-109812

7.4.8 EMD

Fra EMD finnes det kun to dommer som det er naturlig å nevne i denne sammenheng. Dommene kan ha betydning for tolkningen av de norske bestemmelsene, men også for tolkningen av barnekonvensjonens bestemmelse.⁶⁶ Dommene er endelig avsagt samme dag i storkammer. Sakene er de såkalte Sahin-saken og Sommerfeld-saken.⁶⁷

Begge sakene gjelder klager fra fedre til barn født utenfor ekteskap. Begge hadde hatt et samboerforhold med mødrene, men hadde etter samlivsbruddet blitt nektet samvær med sine døtre av deres mødre. Begge fedre hadde gjennom rettssaker forsøkt å få samvær med døtrene, men ikke fått gjennomslag for dette. Det nevnes i denne sammenheng at den dagjeldende tyske regel var ulik for barn født i og utenfor ekteskap. Barn født i ekteskap hadde far rett til samvær med, men retten kunne nekte det dersom det var riktig av hensyn til barnet. For barn født utenfor ekteskap hadde mor foreldreansvar alene, og hun kunne da bestemme om far hadde rett til samvær med barnet. Disse reglene er nå fjernet. Det springende punkt i sakene var om nektelse av samvær var nødvendig i et demokratisk samfunn, jfr. EMK artikkel 8, men sakene berørte likevel problemstillingen om manglende høring av barnet skulle anses som en saksbehandlingsfeil. I Sahin-saken hadde kammeret konkludert med krenkelse av art. 8, og innvending om saksbehandlingsfeil ettersom barnet ikke var hørt. Storkammeret hadde en annen oppfatning. EMD fremhevet at det ville være for mye å kreve at barn alltid skulle høres i retten. De gav videre anvisning på en konkret vurdering ut fra barnets alder og modenhet. Saken er konkret en barnefordelingssak. I denne saken mener Storkammeret at det ligger innenfor statens skjønnsmargin å ikke føre et barn som er et par måneder over fem år som vitne i en barnefordelingssak. I en annen sak, Kutzner-dommen,⁶⁸ retter likevel EMD kritikk mot at et barn på 4,5 og et på 6 år ikke på noe punkt var blitt hørt av en dommer under saksgangen. Ettersom Kutzner-dommen er kort begrunnet i forhold til om barn skal høres, kan det ikke sies at det går en grense

⁶⁶ Se Søvig, FAB-2005-198

⁶⁷ Sahin mot Tyskland (EMD-1996-30943-2) og Sommerfeld mot Tyskland, (EMD-1996-31871-2) begge dommer av 8. juli 2003 (Storkammer) RJD 2003-VIII

⁶⁸ Dom av 26. februar 2002

mellom 5 og 6 år. Det vil også være av betydning at den er avsagt før Sahin-saken i Storkammer. I denne sammenheng er det nødvendig med et lite tilbakeblikk på dommen i Høyesterett Rt. 2004 s. 811. Høyesterett nevner ikke artikkel 8, og det kan ut ifra EMDs praksis diskuteres om det er i tråd med reglene der å ikke høre en gutt på 12 år. Bakgrunnen for at vi har reglene om barns uttalerett er at staten har en plikt til å sikre retten til respekt for privatlivet, og i hensyn til en forsvarlig saksbehandling. De norske reglene er utviklet på bakgrunn av barnekonvensjonen og av hensyn til barnas interesser. Det skulle derfor virke lettere å unnlate og høre barn på bakgrunn av hensyn til barnets interesser, enn på bakgrunn av artikkel 8. Likevel spiller barnets interesser en stor rolle etter art. 8, og det vurderingstemaet som EMD satte opp i Sahin-saken er fleksibelt. Spørsmålet om den tapende part i Rt. 2004 s. 811 hadde vunnet fram ved en klage til EMD, har derfor ikke noe klart svar.

I Sommerfeld-dommen kom domstolen til at det var i samsvar med artikkel 8 å ikke høre barnet. Med dette resultatet var det dermed unødvendig for domstolen å ta stilling til hvordan barnet skulle høres, og hvor mye barnets synspunkt skulle tillegges vekt. Rettsstillingen i forhold til EMD er dermed uavklart. Det kan se ut som det må skilles mellom hvilken gjennomslagskraft barnets mening skal ha, og på hvilken måte barnet skal høres. EMD har vegret seg for å gå inn på de bevismessige sider ved hvilken vekt barnets mening skal ha, som etter norsk rett vil bero på en konkret vurdering.

Kutzner-dommen kan legge føringen for at høringen skal skje direkte for domstolen. Storkammeret sier ⁶⁹ likevel i Sahin-saken:

"It would be going to far to say that the domestic courts are always required to hear the child in court"

I denne saken var likevel utfallet at det var konvensjonsmessig å ikke høre barnet. Det er likevel mulig å lese fra utsagnet at hovedregelen er at barnet høres i retten. I forhold til lagmannsrettsdommene har ikke barna blitt hørt direkte i retten i en eneste av de 17

⁶⁹ Se avsnitt 73

dommene. Ut ifra dette er det tydeligvis et konvensjonskrav at barnet skal bringes inn direkte for den dømmende rett. Dette må likevel vurderes opp imot hvor belastende dette kan virke for barnet, og her må det vises varsomhet. I tråd med mine funn vil det, i alle fall blant de yngste barna, være mest hensiktsmessig at barna høres av sakkyndige eller i dommeravhør. Dersom det er hensiktsmessig, kan barna også høres på andre måter.

8 Nordisk barnerett

I alle de nordiske lover, unntatt den danske finnes det generelle regler om at barn og unge skal eller bør ha innflytelse på foreldrenes beslutninger på det personlige området.

Hovedregelen i den nordiske rett er at barn ikke har innflytelse på de avgjørelser som angår barnets fremtid, som foreldrene treffer på deres vegne som, med den begrensning avgjørelser som foreldrene selv gir barna en rett til å avgjøre.

Norge er det eneste land i Norden som gir barn en mulighet til å uttale seg i de tilfeller det offentlige skal godkjenne eller stadfeste foreldrenes avtaler, på grunnlag av den generelle utformingen av § 31, annet ledd.⁷⁰

8.1 Danmark

Foreldremyndighetsreglene ble for første gang endret i forbindelse med lov fra 1969 om ”ægdeskabs inngåelse” og opløsning med systematiske endringer og en viss styrkelse av den ugifte fars rettsstilling. I en sluttbetenkning fra 1981(nr. 985/1983) omtaler barnekonvensjonen en rekke spørsmål om barns familierettslige stilling. I 1985 ble det innført et nytt kapittel to i loven fra 1922, om umyndighet og vergemål, som fikk tittelen ”forældremyndighed” og som inneholdt omfattende endringer. Grunnlaget for denne endringen var en arbeidsgruppebetenkning fra 1983; ”Forældremyndighed og samværsret”. Loven ble vedtatt med et marginalt flertall. Noen av hovedpunktene ved lovendringen var at det ble adgang for skilte og ugifte foreldre å avtale felles foreldremyndighet, altså felles foreldreansvar, og at foreldre uten foreldremyndighet skulle få samværsrett. Denne loven bygger på den forutsetning at fellesskapet krever enighet om alle de vesentlige spørsmål.

⁷⁰ Nordisk Børnerett 2 s. 279, 280

Ti år senere ble kapittelet avløst av en helt ny lov nr. 387 av 14. juni 1995 om ”forældremyndighed og samvær”. loven ble kalt ”forældremyndighedsloven”.

Loven innebar en forbedring av blant annet ugifte foreldres rettsstilling, som en adgang til å fastsette samvær under felles foreldremyndighet, en adgang til å tilrettelegge samvær under felles foreldremyndighet, og en styrkelse av rådgivning av den barnesakkyndige. Loven er senere endret noe, blant annet i 2001. I etterkant av loven fra 1995 har nærmest alle diskusjoner handlet om samværspraksisen.⁷¹ I motsetning til Norge har Danmark valgt å ikke bytte ut begrepet ”foreldremyndighet” med ”foreldreansvar”, som den norske barneloven benytter.

Når det gjelder medbestemmelsesretten for barn, er Danmark det eneste landet i Norden som ikke har valgt å utforme en generell regel. Begrunnelsen for at en sådan regel ikke ble utformet var fordi de mente at en slik regel i første rekke bare ville være holdningspåvirkende, men det ville være vanskelig å sikre at den ble overholdt. Når det gjaldt spørsmål om hva aldersgrensen burde være, ble det uttalt at barn mellom 12 og 15 år i større grad enn yngre barn bør tas inn i beslutningsprosessen der det er tale om avtaler om personlige forhold.⁷²

Dansk lov regulerer derimot barnets rett til å bli hørt under en rettssak om foreldreansvaret eller om samvær. Det heter at barn som er fylt 12 år skal høres i disse sakene. Samtalen kan unnlates i de tilfeller der det er fare for at dette kan være til skade for barnet eller hvis det ikke har noen betydning for saken. Bestemmelsen åpner også for at barn under tolv år kan høres, dersom barnets modenhet og sakens art tilsier det. Det blir hevdet at danske domstoler er mer tilbakeholdne med å høre yngre barn enn det som er tilfelle i Norge.⁷³ Det som er den største forskjellen på den norske og danske regel er at den norske regelen gir barnet en ubetinget rett, mens det i den danske er inntatt et forebehold, dersom samtalen kan skade barnet.⁷⁴

⁷¹ Nordisk Børnerett 2 s. 46-47

⁷² Nordisk Børnerett 2 s. 268

⁷³ Nordisk Børnerett 2 s. 283

⁷⁴ Nordisk Børnerett 2 s. 284

8.2 Finland

Den finske loven som ble utarbeidet om omsorg for barn og samværsrett, ble utarbeidet 8.4. 1983/361 og kalles "vårdnadslagen". Loven trådte i kraft i 1984, og den ble endret ved lov av 4.3.1994/186 på bakgrunn av internasjonalprivatslige spørsmål.⁷⁵ I Finland har de valgt å ta inn bestemmelse om barns rettigheter i grunnloven. Der heter det at;

*"Barn skal møtes som likeverdige individer og de skal ha rett til å ha innflytelse som er i tråd med deres utviklingsnivå i spørsmål som gjelder dem selv."*⁷⁶

I den finske barneloven står det i innledningsbestemmelsen om barns medbestemmelsesrett at "barn bør støttes og oppmuntres i sin utvikling til selvstendighet, ansvarsfullhet og voksenalder". Denne bestemmelsen følges opp med en bestemmelse som sier at den som har ansvaret for barnet skal, innen det fattes en avgjørelse om barnets personlige forhold, samtale om saken med barnet, om dette er naturlig ut ifra barnets alder og utvikling, samt om dette anses som mulig ut ifra sakens natur. Når det fattes en beslutning, skal det tas hensyn til barnets ståsted og ønsker. Lovforslaget sier at den som har omsorgen for barnet skal være oppmerksom på deres mening og de ønsker som barnet eventuelt kan uttrykke. Under utøvelsen av sin bestemmelsesrett for barnet skal den som har omsorgen holde seg innenfor de grenser, prinsipper for og hensikter som omsorgen oppstiller. De skal først og fremst ha for øyet hva som er best for barnet, og så godt som mulig respektere barnet som en selvstendig personlighet. Formulert er fleksibelt utformet, fordi den er utviklet med den tanke at denne grunnleggenheten når langt. Regelen kan ses som en allmenn parallell til regler som har aldersgrense i annen lovgivning.⁷⁷

Den finske loven setter ingen aldersgrense når det gjelder barnets rett til å bli hørt av domstolen, men det skal tas hensyn til barnets egne ønsker, dersom dette er forenlig med barnets alder og utvikling. Hensynet til barnets beste er det viktigste hensynet også her. Bestemmelsen sier også at barnets syn skal behandles på en hensynsfull måte, at det tas hensyn til barnets utviklingsstadium, og at forholdet mellom foreldrene ikke blir skadet.⁷⁸

⁷⁵ Nordisk Børnerett 2 s. 47-48

⁷⁶ Nordisk Børnerett 2 s. 260

⁷⁷ Nordisk Børnerett 2 s. 265, 266

⁷⁸ Nordisk Børnerett 2 s. 283

8.3 Island

Den islandske barneloven er fra mars 2003. Kapitelene om foreldremyndighet og samvær avløste den første islandske barneloven fra 1981 og den neste fra 1992.

De viktigste nydannelsene i loven er adgangen til å treffe avgjørelser om samvær samtidig med besvarelse av felles foreldremyndighet, og en mulighet til å avgjøre samværsspørsmålet under en rettssak om foreldremyndighet.

Regler om barnets rett til å bli hørt og uttale seg er blitt endret på den måten at aldersgrensen er blitt borte og erstattet med regler om at det skal legges vekt på barnets modenhet. Muligheten for midlertidige avgjørelser er blitt utbedret og utvidet. Den islandske loven er gjengitt fra en uoffisiell dansk oversettelse. Loven ble vedtatt 1. november 2003.⁷⁹

I den islandske barneloven er regelen at foreldrene skal ha samråd med sine barn før det skal treffes beslutning som angår barnets personlige forhold. Det skal her vurderes på samme måte som det i den norske regelen tas hensyn til barnets alder og modenhet. Bestemmelsen sier også at barnets mening skal tillegges økt vekt desto eldre og mer modent barnet er.⁸⁰

Den islandske barneloven om rettssaker vedrørende spørsmålet om foreldreansvar finnes det en regel om at barn som har den nødvendige modenhet skal ha mulighet til å uttale seg om saken, dersom det ikke er fare for at barnet kan bli utsatt for en skadelig virkning, eller at barnets mening ikke vil ha noen betydning for sakens utfall.⁸¹

8.4 Sverige

De svenske reglene om omsorg, bosted og samvær finnes i ”foreldreloven”(på svensk: ”föräldrabalken”) som er fra 1949. Reglene finnes i kapittel 6. Reglene har gjennomgått en mengde av reformer siden 1973. Den viktigste lovendringen, som har størst betydning i

⁷⁹ Nordisk Børnerett 2 s. 48

⁸⁰ Nordisk Børnerett 2 s. 266

⁸¹ Nordisk Børnerett s. 283,284

denne sammenheng, var spørsmålet om barnets rettsstilling i 1994. Her kom spørsmålet om barnets rett til å uttale seg opp. Lovendringene ble gjennomført og trådte i kraft i 1996.

Lovendringen innebar at det ved bedømmelsen av barnets beste skulle tas hensyn til barnets vilje under hensynet til barnets alder og modenhet. Det var også ønskelig at barnets innstilling i størst mulig grad skulle klarlegges under ”omsorgsutredningen”.

Den neste reformen kom allerede i 1998. Her understrekes viktigheten av å bistå foreldrene i så stor utstrekning som mulig, for å hjelpe dem og bli enige. Et annet mål var felles foreldreansvar, det vil si at barnet i størst mulig grad skulle ha like stor kontakt med begge foreldre. Dette skulle forsøkes gjennomført selv om en av foreldrene ville motsette seg det. Hensynet til barnets beste ble fremhevet. I den senere tid er det også foretatt enkelte endringer, blant annet er det et forslag om at ugifte foreldre automatisk får felles omsorg for barn etter at det er gått tre måneder etter at farskapet er bekreftet, dersom ingen av foreldrene har opplyst om at de motsetter seg dette.

I Sverige er det vurdert om den europeiske barnekonvensjonen skal ratifiseres, og dette overveies i Justisdepartementet.⁸²

Den svenske barneloven har også regler om barns medbestemmelsesrett. Bestemmelsen sier at den som har omsorgen for barnet skal, i takt med barnets stigende alder og utvikling, ta større hensyn til barnets synspunkter og ønsker. I lovens forarbeider fremheves det at barnet ikke har krav på at deres behov tilgodeses, men at barnet har argumentasjonsrett. Regelens målsetning er av pedagogisk betydning. Det avgjørende vil være om barnet har evnen til å skaffe seg informasjon, å forstå betydningen av beslutningen og at det kan se konsekvensene av denne beslutningen. Barnets evner må vurderes i forhold til alder, modenhet, utvikling og i lys av hva beslutningen gjelder. Her, som i noen av de andre nordiske uttalelsene om reglene sies det at foreldrenes rett minskes desto eldre barnet blir, og bestemmelsesretten overflyttes så til barnet eller den unge selv, begrunnet med at det vil bli desto mer vanskelig for foreldrene å tvinge gjennom en beslutning jo eldre barnet blir.⁸³

I Sverige er barnets rettsstilling under foreldrenes rettssaker regulert på den måten at det skal tas hensyn til barnets vilje under hensyn til alder og utvikling. Dette innebærer at det er

⁸² Nordisk Børnerett 2 s. 51-53

⁸³ Nordisk Børnerett 2 s. 267

domstolene som skal ta ansvaret for at barn har hatt mulighet for å gi uttrykk for sin mening, barnet er gitt en argumentasjonsrett gjennom bestemmelsen.⁸⁴

8.5 Det nordiske samarbeid

Det er ikke blitt forsøkt eller blitt gjennomført noe samarbeid på kryss av landegrensene for å utarbeide ensartede løsninger eller noen drøftelser om harmonisering når landene har kommet med lovforsalg. Likevel inneholder ofte lovforarbeider i de ulike landene avsnitt der det skrives noe om hvordan temaene reguleres i de andre landene. Studier av nordisk rett generelt vil naturligvis gi lovgiver inspirasjon til parallelle nydannelser, men det finnes en del eksempler på lovgivning der det ikke er tatt hensyn til de regler og løsninger som finnes i de nordiske nabolandene.

⁸⁴ Nordisk Børnerett 2 s. 285

9 Avslutning

Selv om loven åpner for at barn skal ha en ubetinget uttalerett, er det likevel ikke sikkert at barnets mening kommer frem. Senking av aldersgrensen i loven gir store utfordringer til aktørene som deltar i denne prosessen. Utfordringen ligger i å finne metoder å høre barna på slik at det åpenbart er barnas mening som kommer frem og ikke foreldrenes. Barn på syv år vil ikke ha dårligere forutsetninger for å vurdere om de selv blir manipulert. Det er også en utfordring å få barna til og forstå at deres mening ikke nødvendigvis vil være avgjørende for resultatet av saken. Dette stiller store krav til den som skal tale med barnet. Etter min mening viser sakene som er omtalt i avhandlingen at retten tar dette på alvor, ved at det brukes sakkyndige i de aller fleste saker. De barna det dreier seg om befinner seg i en enormt belastende situasjon, da deres foreldres konfliktnivå er så stort at de må til retten for å få en endelig ordning. Resultatet må da ikke bli slik at barnas rettigheter skal veie tyngre enn hensynet til en prosess som er til barnets beste. Dersom situasjonen tilsier at barnet ikke skal høres, så burde det heller ikke gjøres. Gjennomgang av saker for lagmannsretten viser likevel at barna i de aller fleste saker høres, og det virker som om de aller fleste har meninger om hvor de vil bo, og om hvem av foreldrene som ivaretar deres behov på den beste måten. Når barna har klare, reflekterte meninger er det etter min mening klart at de burde høres, og at deres mening må tillegges vekt i beslutningen. Dersom de ikke høres vil det som Høyesterett sier i sin nylig avsagte dom virke ”respektløst og krenkende”. En slik løsning vil ikke bidra til at barna får det bedre i en allerede belastende situasjon. Et formål må være at barna også skal føle at deres mening er av betydning.

Problemstillingene er vanskelige og jeg kan vanskelig konkludere på noen måte. Jeg kan bare belyse de spørsmål som oppstår, og deretter er det opp til aktørene i rettsprosessen å finne en løsning som i en helhet er til barnets beste. Jeg mener at det i de aller fleste tilfeller er viktig og riktig at barna skal høres, som nevnt ovenfor er det viktig at barna ikke føler seg overkjørt i saker som har så uendelig stor betydning for dem. Selv om det dreier seg om

midlertidige avgjørelser, er det etter min mening uheldig at Høyesterett ikke er entydige på dette området. Sakene er viktige for mennesker i en vanskelig situasjon, og praksisen bør derfor helst være entydig.

Formålet med lovendringen var at flere barn skulle bli hørt, og det formålet er etter mitt syn i stor grad oppnådd.

Litteraturliste

Dahlstrand, Lotta, Barns deltagande i familjerettslige prosesser, 2004, Uppsala Universitet

Dalseide, Nils, Saksbehandlingsregler for tvister om foreldreansvar, barnets faste bosted og samvær etter endringslov 20. juni 2003- noen utvalgte problemstillinger, 2004

Haugli, Trude, Det mangfoldige barnets beste, 2002, Festskrift til Peter Lødrup, Bonus Pater Familias s.313

Haugli, Trude, Skiftende ideologier i barnelovgivningen – alltid til barnets beste?, Festskrift til Universitetet i Tromsø; Fra Driftssentralen til Teorifagbygget 2004 s 77

Holgersen, Gudrun og Tellefsen, Marianne, Barnet og loven, 2003

Kjølberg, Gunn-Mari & Johansen, Sigrd Redse, Barnefordelingstvister, Håndbok i barnerettslige emner, 2006

Lindboe, Knut, Hensynet til barnets beste i barnevernsaker, Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål (FAB), 2003, nr. 2.

Lovkommentaren ved Kirsten Sandberg

Norsk lovkommentar, Hovedredaktører: Peter Lødrup, Knut Kaasen og Steinar Tjomsland
<http://www.rechtsdata.no/NLK>

Lødrup, Peter og Smith, Lucy, Barn og foreldre, 7. utgave, 2006

Skjørten, Kristin, Samlivsbrudd og barnefordeling, 1. utg, 2004

Smith, Lucy, Barnets beste og barnets uttalerett, Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål (FAB), 2004, nr. 3-4 s. 223 (FAB-2004-223)

Søvig, Karl Harald, Arve- og familierettslig diskriminering av barn utenfor ekteskap og deres fedre, og høring av barn i familierettstvister, FAB-2005-198

Rundskriv og publikasjoner

Veileder Q-15/2004- Om saksbehandlingsregler i barnefordelingssaker for domstolene og høring av barn

.

Q-1106B 2006-Samtaler med små barn i saker etter barneloven

Q-1069-Barn og samlivsbrudd

Q-1070 2004-Hva med min mening da?

Hentet fra nettsted

<http://rundskriv.nav.no/rtv/lpext.dll/hovednummer/h55/h55-r/h55-r02/h55-r00?f=templates&fn=document-frame.htm&2.0> (12. mars 07)

Forarbeider

NOU 1977: 35, Lov om barn og foreldre

Ot.prp.nr.62 (1979-1980), Om lov om barn og foreldre (barneloven)

Innst.O.nr.30 (1980-1981), Innstilling fra Justiskomiteen om lov om barn og foreldre (barnelova)

NOU 1998: 17, Barnefordelingssaker- avgjørelsesorgan, saksbehandlingsregler og delt bosted

Ot.prp.nr. 29 (2002-2003), Om lov om endringer i barneloven

Innst.O.nr.96 (2002-2003), Innstilling fra familie-, kultur- og administrasjonskomiteen om lov om endringer i barneloven med videre (Nye saksbehandlingsregler i barnefordelingssaker for domstolen med videre)

NOU 2005: 09, Ressursbruk og rettssikkerhet i fylkesnemndene for sosiale saker

Innst.O.nr 92 (2002-2003), Innstilling fra Justiskomiteen om lov om endring i menneskerettsloven mv. (innarbeiding av Barnekonvensjonen i norsk lov)

Domsregister

Rt. 2005 s. 682

Rt. 2004 s. 811

Rt. 2005 s. 1693

Rt. 1996 s. 420

Rt. 1997 s. 797

Rt. 1990 s. 669

Rt. 1999 s. 1183

Rt. 2000 s. 874

HR-2007-00518-A, dom 160307

Upubliserte dommer

Agder lagmannsrett

LA-2005-85732

Eidsivating lagmannsrett

LE-2006-23887

Frostating lagmannsrett

LF-2006-37533

LF-2005-68815

LF-2005-22925

Gulating lagmannsrett

LG-2006-62064

Hålogaland lagmannsrett

LH-2006-101829

LH-2006-102501

LH-2005-184445

Borgarting lagmannsrett

LB-2006-25107

LB-2005-174419

LB-2006-102773

LB-2005-46286

LB-2005-109812

LB-2005-43095

Publiserte dommer

RG. 2005 s. 1387

RG. 2005 s. 104

Avgjørelser fra den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD)

Sommerfeld mot Tyskland 11.10.2001

Sahin mot Tyskland 11.10.2001

Kutzner mot Tyskland 26.02.20